

LE

Mariage du Conjoint de l'Absent

ÉTUDE DE DROIT COMPARÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Mercredi 28 Avril 1909, à 2 heures

PAR

René NORMIER

Président : M. SALEILLES, professeur

Suffragants { *MM. PLANIOL, professeur*
TISSIER, professeur.

PARIS

IMPRIMERIE HENRI JOUVE

15, Rue Racine, 15

1909

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LE

Mariage du Conjoint de l'Absent

ÉTUDE DE DROIT COMPARÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Mercredi 28 Avril 1909, à 2 heures

PAR

René NORMIER



Président : M. SALEILLES, professeur

Suffragants { *MM. PLANIOL, professeur*
TISSIER, professeur.

PARIS

IMPRIMERIE HENRI JOUVE

15, Rue Racine, 15

—
1909

MEIS

Normier

I



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547907_0018

Le Mariage du Conjoint de l'Absent

ÉTUDE DE DROIT COMPARÉ

INTRODUCTION

Dans le langage courant, le mot absent a une signification très large : il sert à désigner celui qui, à un moment donné, ne se trouve pas soit à son domicile, soit à sa résidence habituelle, soit enfin au lieu où il devrait être.

Dans la technique juridique, l'absence prend un sens plus étroit, plus précis : c'est l'état de celui qui est disparu, ou qui, s'étant éloigné pour un motif connu des siens, ne fait plus, depuis un certain temps déjà, parvenir de ses nouvelles, de telle sorte qu'on ignore de lui s'il est vivant ou mort. L'absence, au point de vue du droit, est donc caractérisée par

l'incertitude sur l'existence et elle se distingue nettement de ce que, par opposition, on appelle la non-présence (1).

L'absence ainsi entendue soulève de graves difficultés d'ordres divers et notamment celles-ci : quelles sont ses conséquences en ce qui concerne les biens du disparu ? Quels sont ses effets relativement au mariage ?

Il va de soi que cette dernière question doit seule, pour nous, entrer en ligne de compte. Cependant, même ainsi posée, elle nous paraît beaucoup trop générale, beaucoup trop vaste : elle embrasse une foule de points qui ne sauraient être traités dans leur ensemble et avec tous les détails désirables dans une telle étude.

Préférant donner à notre travail un caractère plus spécial nous nous attacherons uniquement à déterminer ce que devient ou doit devenir, en cas d'absence de l'un des conjoints, le lien matrimonial seul, sans nous préoccuper autrement des questions qui pourtant viennent immédiatement à l'esprit dès qu'il s'agit de notre sujet et qui pourraient être formulées de la manière suivante : Quelle influence l'état d'absence exerce-t-il sur les droits et les obligations réciproques des époux, au point de vue personnel et

1. Cette expression est employée dans le Code civil, à deux endroits différents : à l'article 819 et à l'article 840.

pécuniaire ? Quelle est la situation des enfants ? Le régime matrimonial est-il dissous ?

Etant donné le but que nous poursuivons, les questions que nous aurons à envisager seront les suivantes :

Dans le système français, d'après lequel la déclaration d'absence n'équivaut jamais à la mort prouvée, le conjoint présent peut-il se remarier ? En d'autres termes, l'absence est-elle une cause de dissolution, de plein droit, du mariage, ou une cause possible de divorce ? L'époux du disparu est-il, au contraire, condamné à un veuvage perpétuel ?

A supposer qu'un second mariage ait été contracté, malgré la prohibition de la loi, c'est-à-dire sans qu'il y ait eu dissolution du premier, par exemple, parce qu'on aura fait la preuve du décès de l'absent par un acte de notoriété ou par un moyen de preuve autre que l'acte de décès, qu'adviendra-t-il de cette nouvelle union ? Pourra-t-elle être attaquée ? Par qui ? Dans quelles conditions ? Et si elle est annulée, dans quels cas vaudra-t-elle comme mariage putatif ? A cet égard, comment conviendrait-il de définir la bonne foi ?

Voilà les points précis et particulièrement délicats sur lesquels portera la première partie de notre étude et sur lesquels, d'ailleurs, le législateur de 1804 s'est montré, constatons-le dès maintenant, fort laconique.

Certes, nous devons reconnaître que, bien que

très intéressantes et très sérieuses au point de vue doctrinal, les difficultés que nous allons tenter de résoudre ne sont guère susceptibles de se rencontrer en pratique.

Mais il n'y a là rien de surprenant, car il est certain, et les recueils de jurisprudence le prouvent, que les cas d'absence, relativement nombreux jadis, tendent, dans les temps modernes, à devenir de plus en plus rares.

Quelles sont donc les raisons de cette diminution progressive et constante des cas d'absence ? Suivant nous, il en est deux seulement : la première vient de la facilité, chaque jour croissante, des moyens de communication, facilité qui, à l'heure actuelle, est telle qu'il est peu vraisemblable qu'une personne soit restée, pendant de longues années, dans l'impossibilité absolue de donner de ses nouvelles, à moins qu'elle ne fût morte ; la seconde tient dans la transformation opérée dans les modes de constatation officielle des décès survenus dans certaines circonstances.

Le législateur, en effet, ému, à juste titre, de la situation intolérable qui résultait de ce que, dans diverses hypothèses telles que guerres, naufrages, incendies, explosions, etc., le décès, dont cependant on avait la certitude absolue, ne pouvait être constaté en aucune façon par un acte de l'état civil, est intervenu à plusieurs reprises pour permettre dans

ces cas-là aux tribunaux de rendre des jugements déclaratifs de décès.

Aussi rencontrons-nous quelques textes qui se réfèrent à ce but, ce sont : le décret du 29 frimaire an III, rendu après l'explosion de la poudrière de Grenoble ; la loi du 13 janvier 1817, pour constater le sort des militaires disparus pendant les guerres de la République ; la loi du 9 août 1871, après la guerre franco-allemande (1). C'est encore le décret du 3 janvier 1813 (art. 19), relatif aux accidents survenus dans les mines ; c'est enfin la loi importante du 8 juin 1893, suivie d'une circulaire du 20 janvier 1894, sur la disparition survenue en mer, loi qui était depuis longtemps réclamée (2).

Les tribunaux, dans les hypothèses nettement prévues par le législateur, sont donc autorisés à prononcer des jugements qui, transcrits sur les registres de l'état civil, font office d'actes de décès et sont opposables aux tiers, sauf rectification, bien entendu. Mais il est clair que les décisions qu'ils

1. Des lois de cette nature ne sont point intervenues après les guerres de Crimée (1854), d'Italie (1859), du Mexique (1863) ni après les expéditions d'Algérie, de Tunisie, du Tonkin, de Madagascar, etc.

2. Voir sur ce point : de Courcy : *Questions de droit maritime*, 2^e série, 1879 ; *Les veuves de marins disparus*, Paris, 1878. On évalue, d'après M. de Courcy, à environ une centaine les femmes de marins qui se trouvent chaque année dans cette incertitude.

rendraient, en tous autres cas, n'auraient qu'une autorité purement relative (art. 1351) et ne constitueraient point un acte de l'état civil.

Il est regrettable que le législateur français se soit uniquement préoccupé d'apporter des remèdes spéciaux à des situations particulières, il eût été préférable qu'il généralisât et que, à l'exemple des législateurs allemand, autrichien (1) et espagnol (2), il admit franchement le système de la déclaration de décès.

Une réforme paraît donc s'imposer sur ce point dans notre législation et nous croyons qu'on devrait la faire en prenant comme base le système de la Todeserklærung, système qui assimile la déclaration d'absence à la déclaration de décès et dont l'idée générale est la suivante : lorsque la présomption de mort est rendue vraisemblable, soit par le laps de temps assez long qui s'est écoulé depuis la disparition, soit par les circonstances mêmes qui ont entouré cette disparition, une déclaration de décès peut intervenir, mais le jugement déclaratif ne saurait établir qu'une présomption qui, bien qu'existant à l'égard de tout intéressé, n'a pas cependant la valeur d'une présomption *juris et de jure* et qui par suite peut être détruite par la preuve contraire.

1. Voir *infra*.

2. Voir *infra*.

Voici, d'ailleurs, les textes du code civil allemand qui réglementent cette matière :

Art. 13. — Celui qui est disparu peut, sous les conditions des articles 14 à 17, être déclaré décédé au moyen de la procédure de sommation publique.

Art. 14. — La déclaration de décès est admissible lorsque depuis dix ans il n'est parvenu aucune nouvelle de l'existence de la personne disparue. Il n'est pas permis de la faire intervenir avant l'expiration de l'année dans laquelle le disparu aurait dû accomplir sa trente et unième année.

Un disparu qui se trouverait avoir dû accomplir sa soixante-dixième année peut être déclaré décédé lorsque depuis cinq années il n'est parvenu aucune nouvelle de son existence.

La période de dix ou cinq ans commence à l'expiration de la dernière année dans laquelle le disparu vivait encore d'après les nouvelles présentes.

Art. 15. — Celui qui a pris part à une guerre comme faisant partie d'une force armée, et qui, pendant la guerre, aura été manquant et, depuis ce moment, sera disparu, peut être déclaré décédé lorsque, depuis la conclusion de la paix, trois années se sont écoulées. S'il n'y a pas eu conclusion de la paix, la période de trois ans commence à courir à l'expiration de l'année dans laquelle la guerre a pris fin.

Est également réputé faire partie d'une force armée celui qui se trouve attaché à une force armée pour y remplir

une fonction ou un service ou qui s'y trouve à titre d'auxiliaire volontaire.

Art. 16. — Celui qui, au cours d'une traversée maritime, s'est trouvé sur une embarcation qui ait péri pendant le trajet et à la condition que lui-même soit disparu depuis la perte de l'embarcation, peut être déclaré décédé lorsqu'il s'est écoulé une année depuis la perte survenue.

La perte de l'embarcation est présumée, lorsqu'elle n'est point parvenue au lieu de sa destination, ou qu'étant partie sans but de voyage déterminé elle n'est pas de retour et qu'il s'est écoulé depuis le début du voyage : (une, deux ou trois années suivant la longueur de ce voyage).

S'il est parvenu des nouvelles de l'embarcation, est exigée comme période à courir celle qui devrait nécessairement s'écouler si l'embarcation était partie du point où, d'après les nouvelles, elle s'est trouvée en dernier lieu.

Art. 17. — Celui qui par suite de circonstances autres que celles décrites aux articles 15 et 16 est tombé en danger de mort et, depuis, est disparu peut être déclaré décédé, lorsque depuis l'événement qui a mis sa vie en danger trois années se sont écoulées.

Art. 18. — La déclaration de décès a pour effet de faire présumer que le disparu est décédé au moment fixé par le jugement de déclaration. (Différents moments qui doivent être admis comme moments du décès, dans la mesure où les informations ne fournissent aucune autre solution.)

Si le moment du décès n'est fixé que quant au jour, c'est la fin de ce jour qui est réputée le moment du décès.

Art. 19. — Tant que la déclaration de décès n'a pas eu lieu, le disparu est présumé avoir survécu jusqu'au moment qui, d'après l'article 18 alinéa 2, et à défaut d'autre résultat provenant des informations, doit être admis comme moment du décès ; la disposition de l'article 18 alinéa 3 reçoit application correspondante.

Art. 20. — Si plusieurs personnes ont péri dans un danger commun, il est présumé qu'elles sont décédées au même instant (1).

Tel est le système qui, à notre avis, devrait être admis, au moins en principe, lors de la révision imminente de notre Code civil. Il n'est pas douteux qu'il remplacerait avantageusement notre système actuel de la déclaration d'absence qui est bien suranné, bien insuffisant, et qui, dans le droit moderne, tend de plus en plus à disparaître ; mais il est certain aussi — et ceci nous ramène à notre point de départ, dont nous avons jugé nécessaire de nous écarter quelque peu — qu'il aurait pour conséquence de rendre plus rares encore les cas, déjà rares, d'absence.

Nous avons donc montré pour quelles raisons (grande facilité des moyens de communication, progrès réalisé dans les modes de constatation des décès) les difficultés théoriques relatives à la matière

1. *Code civil allemand traduit et annoté*, t. I.

de l'absence ne présentent en pratique qu'un intérêt tout à fait restreint.

Peut-être ces mêmes raisons pourraient-elles justifier, dans une certaine mesure, le peu d'empressement qu'a mis jusqu'à ce jour le législateur à régler la question du mariage du conjoint de l'absent ? Peut-être aussi, à première vue, suffiraient-elles à expliquer pourquoi les recueils de jurisprudence, à la vérité très sobres de décisions touchant notre sujet, n'en contiennent cependant aucune se rapportant à ces vingt dernières années ?

Or il est à remarquer que le moment où s'est produit ce brusque silence de la jurisprudence correspond à peu près exactement à l'époque où est entrée en vigueur notre loi du divorce. Est-ce là une simple coïncidence ? N'y a-t-il pas plutôt entre ces deux faits une corrélation évidente, un rapport de cause à effet ? Ceci nous semble certain et pour le prouver, il nous suffira de descendre pour un instant dans le domaine de la réalité et de chercher par quels moyens détournés peut parvenir et parvient, pratiquement, le conjoint présent, à rompre une union dont, en principe, il ne saurait se dégager aussi longtemps qu'il ne fournira pas une preuve certaine du décès du disparu. Eh bien ! nous constatons que la manière employée pour éluder la loi, en pareil cas, est la suivante : l'époux présent, prenant prétexte de ce que son conjoint s'est, par suite de

son silence prolongé, rendu coupable d'un manquement grave à son égard, intente contre lui une action en divorce, et les juges prononcent la dissolution du mariage, non pas, bien entendu, pour abandon pur et simple, puisque l'abandon a été formellement rejeté en tant que cause de divorce aussi bien par les rédacteurs de la loi de 1884 que par ceux du Code civil, mais pour abandon injurieux, lequel rentre alors dans la catégorie, si vaste et si extensible, des injures graves.

Au nom des principes nous nous élevons énergiquement contre de tels procédés, mais, en fait, nous ne pouvons guère qu'approuver les tribunaux qui, eu égard à la situation fort pénible du conjoint de l'absent, n'hésitent pas à transgresser la loi en sa faveur.

Cependant nous considérons comme très regrettable que la jurisprudence n'ait pas craint de s'engager dans une telle voie, voie semée d'écueils et périlleuse entre toutes ; il était à prévoir qu'une fois entraînée elle ne saurait s'arrêter à temps, cela n'a pas manqué de se produire et il en est résulté des abus considérables.

Plus spécialement, pour ce qui est de l'abandon, — et c'est là un point qui touche de très près à notre matière, — il est arrivé qu'en l'admettant comme cause de divorce, malgré le législateur, et sans qu'il ait été préalablement réglementé comme tel, on a

ouvert largement la porte aux divorces convenus. Aussi, à l'heure actuelle s'est-on préoccupé, dans certains milieux, de réagir contre une semblable pratique et voici le nouveau texte qu'on propose : « Chaque époux peut demander le divorce lorsque l'autre époux l'a abandonné intentionnellement et refuse, sans motif légitime, de reprendre la vie commune. Le divorce ne peut être demandé que lorsqu'une année au moins s'est écoulée depuis que l'époux demandeur a fait sommation à l'autre époux de reprendre la vie commune (1). »

Pour nous qui ne voyons dans le divorce qu'un remède exceptionnel à des situations désespérées, qui le voulons difficile et rare, et qui, par suite, désirons que les causes en soient nettement précisées dans le cadre rigide de la loi, nous nous associons hautement à la pensée qui a guidé les promoteurs de cette réforme et estimons qu'elle devrait sans tarder passer dans notre législation.

Si, maintenant, nous revenons à notre sujet, de

1. *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1906, p. 132, sq. — Notons que la plupart des législations étrangères (Code civil allemand, art. 1567 ; la loi hongroise sur le mariage, art. 77 ; loi fédérale suisse du 24 décembre 1874, art. 46 ; Code civil suisse du 10 décembre 1907) prévoient l'abandon comme cause de divorce et exigent des délais variant de deux à cinq ans. — V. sur ces points : Lehr, *Le mariage, le divorce et la séparation de corps dans les principaux pays civilisés* ; Roguin, *Traité de droit civil comparé*, « Le mariage », p. 304.

l'exposé rapide qui précède nous tirerons cette conclusion : du moment que pour trancher les difficultés concernant notre matière on est obligé de recourir à des expédients condamnables, — en principe, du moins, — c'est que la loi est mal faite et insuffisante et que par conséquent on doit lui faire subir des modifications profondes.

Mais quelles sont les modifications qui s'imposent ?

C'est là une grave et délicate question que nous aurons à résoudre et il nous faut préciser la méthode que nous adopterons à cet effet.

Serait-ce la méthode déductive, qui a triomphé pendant très longtemps avec l'école purement dogmatique, encore « un peu partiellement dominante chez nous », et qui consisterait, d'une part, à tenir compte d'un seul fait juridique, la loi, et, d'autre part, quand celle-ci serait obscure ou équivoque, « à déduire de syllogisme en syllogisme tout ce qui se trouve dans le contenu abstrait de son texte » ?

A cette méthode qui nous paraît reposer sur une conception artificielle et fausse et d'où il résulterait que « le droit se construirait au-dessus et en dehors de la vie pratique, des idées et des besoins du peuple pour qui il est fait » (1), nous préférons la méthode historique et expérimentale fondée sur la constatation des faits juridiques qui composent non seule-

1. M. Saleilles, à son cours.

ment notre droit national mais encore le droit étranger.

C'est pourquoi, loin de nous borner, dans ce travail, au seul examen du droit français, — ce qui serait une vue beaucoup trop étroite — nous ferons une large place au droit comparé, car « l'étude de la législation comparée, a dit Troplong, est la meilleure manière d'approfondir les grandes questions que présente la science du droit ».

Toutefois, il ne saurait s'agir pour nous de passer en revue toutes les législations des différents pays civilisés, car notre exposé serait alors presque nécessairement incomplet et ne donnerait en tout cas que des notions de surface peu utiles ; nous croyons préférable de nous attacher seulement à deux législations types (législations allemande et suisse) et de grouper autour d'elles les législations apparentées.

Cette étude comparative nous permettra, d'abord de « constater le courant législatif universel », c'est-à-dire de dégager « la résultante approximative » des diverses législations en ce qui touche le point particulier que nous envisageons, et ensuite de déterminer dans quelle mesure il est possible « d'adapter notre droit national à ce courant législatif universel ».

Première Partie

LÉGISLATION FRANÇAISE

CHAPITRE PREMIER HISTORIQUE

A. -- DROIT ROMAIN

Nous ne trouvons pas, chez les jurisconsultes romains, de théorie générale, de système complet contenant les règles qui doivent régir les intérêts divers mis en jeu par l'état d'absence. Ils nous ont laissé un grand nombre de textes se rapportant au cas de non-présence, ils n'en ont consacré que quelques-uns à l'absence proprement dite. Une telle lacune ne saurait surprendre car les Romains ne semblent pas avoir eu de bonne heure la notion de l'absence au sens technique du mot, c'est-à-dire de l'incertitude qui règne sur l'existence d'un individu.

A l'époque classique, deux textes seulement se réfèrent au point spécial qui nous occupe et peuvent nous éclairer sur la manière dont le droit romain

envisageait l'absence au point de vue de ses effets sur le mariage.

Le premier figure au Digeste sous le nom de Papinien, il est ainsi conçu : « Mulier, cum absentem virum audisset vita defunctum esse alii se junxerit ; mox maritus revertus est : quæro quid adversus eam mulierem statuendum sit ? Respondi tam juris, quam facti quaestionem moveri. Nam, si longo tempore transacto sine ullius stupri probatione falsis rumoribus inducta, quasi soluta priore vinculo, legitimis secundis nuptiis juncta est : quod verisimile est deceptam eam fuisse, nihil vindicta dignum videri potest ; quod si ficta mariti mors argumentum faciendis nuptiis probabitur prætitisse, cum hoc facto pudicitia laboretur vindicare debet pro admissi criminis qualitate (1). »

Le jurisconsulte pose donc en ces termes la question qu'il se propose de résoudre : une femme a contracté un nouveau mariage pendant l'absence de son mari ; celui-ci revient ; cette femme se trouve en état de bigamie et par conséquent d'adultère : doit-on lui appliquer une peine (2) ?

1. L. II § 12, Dig. XLVIII, 5 *ad. Leg. Jul. de adult.* V. sur ce texte Cujas, *in liber sing. Papiniani de adult.* t. IV, col. 1502.

2. C'est donc au point de vue pénal que se place l'auteur. Il résulte d'ailleurs de ce texte que chez les Romains la bigamie ne constituait pas un crime spécial mais était considérée comme une forme de l'adultère, du stuprum. V. *Mélanges d'histoire du droit et de critique. Droit romain.* A. Esmein, 1886, p. 94.

Papinien répond : si, d'une part, la femme a été de bonne foi, c'est-à-dire si elle s'est remariée après avoir attendu son mari très longtemps et que, trompée par de faux bruits, elle se soit crue veuve, elle ne mérite alors aucune peine, elle n'a pas commis de *stuprum*. Mais si, au contraire, elle a été de mauvaise foi, s'il est prouvé qu'elle a usé de manœuvres dolosives pour faire croire au décès de son mari, elle tombe sous le coup de la loi *Julia de adulteriis*.

Il est à remarquer que l'auteur ne dit pas si l'absent de retour pouvait reprendre sa femme dans le cas où celle-ci avait contracté de bonne foi un second mariage.

Peut-on alors conclure de ce texte — comme l'ont fait certains auteurs — que l'absence prolongée n'était pas une cause de dissolution du mariage ?

Il nous semble préférable de tirer argument de cette expression de Papinien : « *Quasi soluta priore vinculo* », et de décider, avec Cujas, que le mariage était dissous par l'absence.

Le second texte (1) est relatif à la captivité.

1. « *Uxores eorum qui in hostium potestatem pervenerunt, possunt videri nuptiarum locum retinere eo solo quod alii temere nubere non possunt. Et generaliter definiendum est, donec certum maritum vivere in captivitate constitutum, nullam habere licentiam uxores eorum migrare ad aliud matrimonium, nisi mallent ipsæ mulieres causam repudii præstare ; sin autem in incerto est an vivus apud hostes teneatur, vel morte præventus, tunc si quinquennium a*

Il déclare qu'elle n'est pas, par elle-même, une cause de dissolution du mariage et il ajoute que *s'il y a incertitude sur la vie du captif* son conjoint ne peut se remarier qu'après cinq ans.

Mais devons-nous faire état de ce texte ?

Nous ne le pensons pas, car on est assez généralement d'accord, aujourd'hui, pour reconnaître que la loi 6 qui figure au Digeste sous le nom du jurisconsulte Julien, n'est que l'expression du droit de Justinien. Cujas (1) porte, à son sujet, contre les compilateurs, une accusation d'interpolation qui nous semble parfaitement fondée et qu'il justifie, d'ailleurs, de la manière suivante : il fait ressortir, tout d'abord, la latinité médiocre du fragment qui nous occupe, et principalement de cette phrase : « et generaliter definiendum est, donec certum maritum vivere in captivitate constitutum, nullum habere licentiam uxores eorum migrare ad aliud matrimonium, nisi mallent ipsae mulieres causam repudii præstare. » Ce sont là, dit le jurisconsulte, des expressions « quæ plane redolent stylium Triboni ». Cujas rap-

tempore captivitatis excesserit, licentiam habet mulier ad alias migrare nuptias : ita tamen ut bona gratia dissolutum videatur pristinum matrimonium, et unusquisque suum jus habeat immiutum. Eodem jure et in marito in civitate degente et uxore captiva observando. L. 6 Dig., XXIV, 2, *de divor. et repud.*

1. Cujas, *in* lib. 62 Dig. *Salv. Jul. ad. Leg.* 6 de div. II. col. 413 et 414.

proche ensuite la loi 6 de la loi 45 § 6 *de ritu nuptiarum* où Ulpien rapporte une opinion de Julien, d'après laquelle l'affranchie qui a épousé son patron ne peut se remarier pendant la captivité de celui-ci (1). D'après lui, Tribonien aurait, dans notre texte, substitué « uxores eorum » à « uxores patronorum ».

L'interpolation apparaît plus évidente encore si on compare la loi 6 à deux autres textes dont l'authenticité ne saurait être mise en doute. Le premier émane du jurisconsulte Paul, nous y lisons ces mots : « dirimitur matrimonium divortio, morte, captivitate (2). » Le second est plus formel encore : « Sed captivi uxor, tametsi maxime velit et in domo ejus sit, non tamen in matrimonium est (3). »

D'ailleurs, il est certain qu'à l'époque classique la *capitis deminutio* résultant de la captivité était une cause directe et immédiate de dissolution du mariage sans qu'il y eût à se préoccuper de l'existence ou de la mort. Le *jus postliminii* qui appartenait au captif, de retour à Rome, ne faisait pas revivre son mariage dissous et ne lui permettait pas d'attaquer le second mariage contracté par son conjoint. Toutefois celui-ci subissait les peines du divorce si, demeuré libre, il

1. C. f. Accarias. *Précis de droit romain*, I, n° 97.

2. L. 1. Dig. XXIV. 2 *de div. et repud.*

3. L. XII § 4, Dig. XXIV. 15 *de cap. et post.*

refusait sans motifs sérieux de renouer le lien du mariage.

Comme on le voit, « la mort et la captivité produisaient le même effet et la République mettait au nombre des morts ceux qui avaient cessé de vivre pour la patrie » (1).

Donc, à l'époque classique, l'absence, d'une part, et la captivité, d'autre part, indépendamment de toute incertitude sur l'existence du captif, dissolvaient immédiatement le mariage.

Au Bas-Empire, nous trouvons des textes plus précis, se rapportant d'une façon non douteuse aux effets de l'absence proprement dite sur le mariage.

En l'année 337, dans la constitution 7 (2), Constantin, se plaçant au point de vue de la dissolution du lien conjugal par le divorce, décide que la femme du militaire, qui pendant quatre ans n'a pas eu de nouvelles de son mari, peut contracter un nouveau mariage sans encourir les peines du divorce, pourvu qu'elle prenne la précaution d'envoyer le *libellum repudii* au chef sous les ordres duquel servait son mari. L'empereur ajoute que, si le chef ne peut certifier l'existence de ce militaire, la femme pourra néanmoins se remarier mais à la condition qu'elle le fasse publiquement.

1. D'Aguesseau, **xxi** 1^{er} Plaidoyer.

2. Loi 7 au Code, liv. V., tit. XVII.

Il résulte de ce texte que la faculté de divorcer était accordée à la femme par cela seul qu'il y avait incertitude sur l'existence du disparu. Nous sommes donc en droit de dire que l'absence était, à cette époque, une cause indirecte de dissolution du mariage.

En 540, dans la novelle 22 (1), Justinien reproduit la décision de Constantin mais en y apportant quelques modifications. Ainsi dans ce nouveau texte il n'est plus question de l'incertitude sur l'existence du disparu, il est seulement parlé de son silence prolongé — « si quis expeditione fuerit et tacuerit ad uxorem... et nullam ei fiat ab illo signum ejus circa affectus — », ce qui semblerait indiquer que l'hypothèse envisagée est celle de l'abandon plutôt que celle de l'absence proprement dite.

Le délai de la constitution 7 est porté à dix ans par Justinien. Ce prince a pensé, en effet, que le silence du militaire pouvait être causé par ses occupations guerrières et qu'il ne fallait pas l'en punir par la privation de ses droits d'époux : « actibus enim bellicis occupato marito uxoris privationem inferre, non minor est pœna quam ab hostibus capi. » D'ailleurs, ce laps de temps ne saurait constituer une preuve du décès du disparu, celui-ci pouvant s'abstenir de donner de ses nouvelles par défaut d'af-

1. Novelle 22, chap. 14.

fection ; aussi est-il prescrit à la femme de chercher par tous les moyens à faire sortir son mari de son silence et de provoquer au besoin une séparation expresse : « hoc importuna quidem sit viro, mittens litteras aut per aliquis verbis utens ad eum... ille vero, aut aperte renuat nuptias ejus aut absolute contineat. »

La novelle 22 maintient la disposition de la constitution 7 relative à l'envoi du *libellum repudii*.

Justinien critique enfin la décision d'après laquelle la captivité était une cause de dissolution immédiate du mariage et déclare : « donec quidem est manifestum superesse aut virum aut uxorem, manere insoluta matrimonia sinimus (1). » Toutefois il prend soin d'ajouter que, si au fait de la captivité vient se joindre l'incertitude sur l'existence, le conjoint présent pourra se remarier après l'expiration d'un délai de cinq ans. Remarquons que dans ce cas il n'y a pas lieu d'envoyer le *libellum repudii* et que par conséquent nous nous trouvons en présence d'un divorce *bona gratia*.

Mais ces dispositions de la novelle 22 ne tardèrent pas à être abrogées, d'abord par Justinien dans la novelle 127 chapitre XI, ensuite par l'empereur Léon qui décida, dans la novelle 33, que le cas de captivité serait réglé par la novelle 127.

1. Novelle XXII, cap. 7.

C'est donc ce dernier texte qui va nous faire connaître quelle était, vers la fin de l'Empire, l'orientation du droit romain relativement à notre sujet. Nous en citerons le passage suivant : « Si qua vero ex hujusmodi mulieribus suum maritum audierit esse mortuum, neque tunc alias venire nuptias sinimus nisi prius accesserit mulier, aut per se aut per suos parentes, aut per aliam quamcumque personam ad priores numeri chartularios in quo hujusmodi maritus militabat ; et eos seu tribunum (si tamen adest) interrogaverit, si pro veritate mortuus est ejus conjux : ut illi sacris evangeliis propositis sub gestis monumentorum deponant, si pro veritate mortuus est. Et postquam hæc gesta monumentorum confecta pro suo testimonio perceperit, etiam post hoc jubemus manere eam per unius anni spatium, ut etiam post hunc decursum, liceat legitimas contrahere nuptias. Si autem præter hanc observationem mulier præsumpserit ad alium venire matrimonium et ipsa et qui ducit eam uxorem velut adulteri puniantur. »

Ainsi Justinien interdit à la femme de passer à un second mariage si elle ne prouve le décès de son mari d'une façon certaine, c'est-à-dire au moyen du serment prêté par le chartularius ou le tribun de la troupe, sur les Saints Evangiles. Il lui prescrit, en outre, dans le cas où elle ferait cette preuve, d'attendre encore un an avant de se remarier.

Cette exigence de la nouvelle 127 relativement à la preuve du décès de l'absent est critiquée en ces termes par Montesquieu dans l'*Esprit des Loïs* (1) : « Les lois religieuses ont plus de sublimité : les lois civiles ont plus d'étendue. Justinien avait en vue l'indissolubilité du mariage mais on peut dire qu'il l'avait trop en vue, il demandait une preuve positive lorsqu'une preuve négative suffisait ; il exigeait une chose très difficile, de rendre compte de la destinée d'un homme éloigné et exposé à tant d'accidents ; il présumait un crime c'est-à-dire la désertion du mari, lorsqu'il était si naturel de le présumer mort. Il choquait le bien public en laissant une femme sans mariage ; il choquait l'intérêt particulier en l'exposant à mille dangers. »

Ajoutons que, si l'absent revient, des peines sont portées contre les chefs qui ont faussement certifié son décès, contre la femme et contre son second mari.

Il paraît, enfin, résulter clairement de notre texte que l'absent peut seul, à son retour, attaquer le second mariage contracté par son conjoint : « *ipse vero licentiam habeat, si voluerit, suam uxorem recipere.* »

1. *Esprit des Loïs*, liv. XXVI, chap. IX. « Que les choses qui doivent être réglées par les principes du droit civil peuvent rarement l'être par les principes des lois de la religion. »

Telle est la manière dont le droit romain envisageait l'absence au point de vue de ses effets sur le mariage. Comme on le voit les solutions qu'il nous a fournies ne concernaient qu'une seule catégorie d'individus, les militaires ; elles ont, de plus, été données un peu au hasard des circonstances et sans aucune vue d'ensemble ; elles sont fort loin, en tout cas, de constituer un système complet.

B. — DROIT CANONIQUE.

Tout ce qui touche au mariage et à l'état des personnes était régi, dans l'ancien droit, par le droit canonique. Aussi allons-nous examiner quelle était la doctrine de l'Eglise en ce qui concerne notre sujet.

Nous rechercherons, en premier lieu, comment était résolue la question suivante : l'absence est-elle une cause directe de dissolution du mariage ? La réponse est fort simple. L'Eglise en effet, étant partie de cette idée que l'union sanctifiée par le sacrement est voulue et conçue comme indissoluble — idée que nous trouvons dans les livres saints, dans les écrits des Pères de l'Eglise, et surtout dans Saint Paul — proclama constamment le principe de l'indissolubilité du lien conjugal et le fit triompher, à une date incertaine que l'on pourrait faire remonter au **x^e** siècle.

A partir de cette époque, le mariage consommé n'admit plus d'autre cause de dissolution que la mort d'un des époux. Toute personne déjà mariée dut donc, pour pouvoir passer à un nouveau convol, établir au préalable le décès de son premier conjoint. Rien ne suppléait à cette preuve, ni l'absence (1), même renforcée de cette circonstance qu'il s'était écoulé cent ans depuis la naissance du disparu (2), ni la captivité même aux mains des infidèles.

L'Eglise ne se borna pas, d'ailleurs, à défendre à l'époux présent de se remarier avant d'être assuré du décès de son conjoint, elle interdit encore aux curés et vicaires de procéder à aucune célébration de mariage entre veufs, aussi longtemps que la preuve de la dissolution de la première union ne leur aurait pas été fournie (3). Nous lisons en effet dans le *Rituel de Paris* : « altero conjugatum quantocumque absente alterum, nisi de morte absentis facta fide » per luculentum testimonium » ecclesias-

1. C. XIX, X *de spons.* IV. I.

2. Vers la fin de l'empire on présumait que l'absent qui avait atteint sa centième année était décédé et on autorisait son conjoint à se remarier sans fournir d'autre preuve de décès. Cette prescription s'appuyait sur le passage de l'Ecclesiaste : « numerus dierum hominum est multum centum anni. »

3. Scheffer. *Revue critique*, 1880.

ticorum vel regiorum officialium tessera munitum contrahere omnino (parochus) prohibeat. »

Une preuve certaine du décès de l'absent était donc exigée. Mais comment devait-elle être établie ? Sur ce point les canonistes n'étaient pas d'accord. Certains exigeaient une preuve écrite. Le pape Clément III, dans la célèbre décrétale de l'an 1188, considérait comme suffisant le témoignage d'un *certus nuntius* et écartait ainsi la nécessité légale des deux témoins (1). En effet, ayant été consulté : « de mulieribus quæ viros suos captivitatis vel peregrinationis causa absentes ultra septennium fuerint præstolatae, nec certificari possunt de vita aut morte ipsorum licet super hos sollicitudinem adhibuerint diligentem, et pro juvenili ætate seu fragilitate carnis humanæ nequeunt continere potentes aliis copulari », Clément III répondit : « quod quotocumque annorum spatio ita remaneant non possunt aliorum consortium canonice convolare, nec auctoritate ecclesiæ permittas contrahere donec certum nuntium de morte virorum recipiant (2) ». D'autres allaient plus loin encore et se contentaient de simples présomptions et même de la commune renom-

1. C. XIX. X *de spons.* Panormit, sur ce texte : « Cum aperte hic dicatur, quod sufficit certus nuntius et sic unus testis, »

2. Pothier. *Tr. du Contrat de mariage*, n° 106 (ext. de spons. X).

mée (1). Le plus sage paraissait de s'en rapporter à l'arbitraire du juge (2).

L'absence, comme on le voit, ne dissolvait donc pas le mariage de plein droit. Mais pouvait-elle constituer une cause de divorce ?

La doctrine canonique, sur ce point, fut définitivement fixée, au milieu du ^{xiii}e siècle, dans Gratien et dans Pierre Lombard. Ceux-ci n'ont fait que reproduire le système précédemment admis ; c'est celui de l'indissolubilité n'admettant point le divorce en pareil cas (3).

Cependant un texte était embarrassant en sens contraire : c'était un chapitre du décret de Verberie, autorisant le mari, forcé de s'expatrier, à prendre une autre femme, lorsque sa première épouse a refusé de le suivre, celle-ci n'ayant point le droit de se remarier, lui vivant. Gratien a reproduit la disposition relative à la femme et lui interdisant de contracter un nouveau mariage ; par contre il a laissé de côté celle concernant le mari (4).

Quant à Pierre Lombard, il ne cite point ce texte, mais il s'y réfère sans doute par la pensée : il admet en effet que lorsqu'un homme contracte un second

1. *Dictionnaire de droit canon*. Durand de Maillane, t. I p. 31.

2. Esmein. *Le mariage en droit canonique*, t. I, p. 268.

3. C. XXXIV, qu. 1 et 2.

4. C. IV. C. XXXIV, qu. I.

mariage, après avoir quitté sa patrie, il ne peut pas abandonner sa femme, sous le prétexte qu'il en a déjà une autre, restée dans son pays ; tant que la preuve de la première union n'est pas rapportée, la seconde constitue un mariage de fait que l'Eglise protège et sanctionne dans le *forum externum* et qui devient alors excusable devant le *forum internum* (1 et 2).

Il faut voir maintenant quand et comment s'est produite la consécration législative du principe de l'indissolubilité.

La question du divorce se posa devant le concile de Trente. La doctrine de l'Eglise était formellement repoussée par les écoles protestantes : celles-ci toutefois n'admettaient pas la liberté du divorce ; elles ne l'accordaient que pour certaines causes déterminées et prétendaient établir leur doctrine à cet égard

1. Esmein, *op. cit.*, p. 77.

2. Sent. lib. IV. D. XXXVIII. E. : « Si quis relicta in patria sua uxore in longinquam abiens regionem aliam ducat uxorem, deinde pœnitentia ductus eam dimittere velit, assurens, se aliam habuisse quæ vivit, nec Ecclesiæ permittat, quæ quod ille asserit ignorat, quæritur an hoc secunda copula sit conjugium ? Sane dici potest non esse conjugium et mulierem excusari per ignorantiam, virum autem adulterium admisisse. Sed ex quo ad primam redire volens nec valens, cogitur Ecclesiæ disciplina hanc tenere, incipit, excusari per obedientiam et timorem de hoc quod poscenti mulieri debitum reddit, a qua ipse nunquam poscere debet. »

sur les textes de l'histoire de l'Eglise. Il y avait d'ailleurs parmi elles des tendances diverses : les unes ne concédaient le divorce que pour cause d'adultère auquel était assimilé l'abandon dolosif et persistant de l'un des époux par son conjoint ; les autres ajoutaient les sévices et les mauvais traitements.

« Dans ces débats, il est évident que le point fortifié auteur duquel devaient se concentrer l'attaque et la défense, c'était le divorce pour cause d'adultère : c'était le cas le plus favorable soit au point de vue des sentiments de justice, soit au point de vue des textes évangéliques ; c'était, on le sentait, la clef de la position. Si sur ce point il était fait brèche dans la doctrine, on sentait que bien d'autres causes de divorce passeraient à la suite ; si, au contraire, on tenait ferme sur ce point, on se maintiendrait aussi sur tous les autres (1). »

Le projet présenté aux Pères du Concile ne condamnait donc expressément que le divorce pour cause d'adultère. Mais la question ne tarda pas à s'élargir : dès la première discussion, en effet, le cardinal de Lorraine proposa de condamner non seulement cette cause spéciale de divorce mais encore toutes les causes qui étaient admises par les écoles protestantes et plus particulièrement trois proposi-

1. Esmein, *op. cit.*, p. 296.

tions de Calvin, d'après lesquelles le mariage pouvait se dissoudre pour différence du culte, longue absence et *inconvenientia in conversatione*. Cette proposition fut appuyée par un grand nombre de membres et un canon additionnel fut rédigé en ce sens : « Si quis dixerit propter hæresim, aut molestam cohabitationem, aut affectatam absentiam a conjuge dissolvi posse matrimonii vinculum : anathema sit (1). » Ce canon resta tel quel dans les deux rédactions suivantes et fut adopté sans changements par le Concile (2).

Ces décisions du concile de Trente étaient le produit d'une évolution trop longue et trop logique pour n'être pas définitives. Aussi n'ont-elles jamais été remises en question par les législateurs de l'Eglise et n'ont-elles fait, au contraire, que s'affirmer avec une rigueur plus grande dans les temps modernes.

Le principe de l'indissolubilité, placé par l'Eglise au rang des dogmes, a été simplement de nouveau proclamé par le Syllabus de Pie IX (3) et par l'Encyclique *Arcanum divinæ* de Léon XIII (4).

1. *Canones de socr. matr. refor.*, Theiner, Acta II, 335.

2. Le concile de Trente, en établissant ainsi la doctrine de l'indissolubilité, n'excluait pas cependant les causes spéciales de divorce reconnues par le droit canonique, par suite d'une tradition constante : *divortium quoad torum et casus apostoli.*

3. *Errores de matr. Christ.*, n° 67.

4. Non est profecto in hominum commentis vel decretis facultas tanta ut immutare rerum naturalem indolem con-

Telle était la doctrine canonique concernant l'absence, envisagée comme cause de dissolution du mariage.

Mais, à supposer qu'un second mariage ait été contracté par le conjoint d'un absent, qu'advenait-il de cette nouvelle union, d'une part lorsque l'absence durait encore, d'autre part lorsqu'elle avait cessé ?

En ce qui touche la première hypothèse, nous sommes éclairés par Saint Basile, dans son Epître canonique à Amphilocque (1). D'après ce texte, si un époux contractait un nouveau mariage avant d'être certain du décès de son conjoint, il s'exposait à commettre un adultère, dans le cas où la première union n'était pas dissoute. Ce risque était un péché mais le second mariage n'était pas nul : il demeurait valable tant que la preuve de l'existence du pre-

formationemque possint... Igitur confidentum est de communi populorum bono meruisse optime Ecclesiam catholicam sanctitati et perpetuitati conjugiorum tuendæ semper intentam ; nec exiguam ipsi gratiam deberi quod legibus civicis centum jam annos in hoc genere multa peccantibus palam reclamaverit ; quod hæresim deterrimam protestantium de divortiis et repudiis anathemate percusserit ; quod usitatam græcis diremptionem matrimoniorum multis modis damnaverit..., quod demum vel a prima ætate leges imperatorias repudiarit quæ divortiis perniciose favissent. »

1. Canon 31 : « quæ quum vir secessit et non apparet, antequam de ejus morte certior facta sit cum aliquo cohabitavit mœchatur. » Pothier, *op. cit.*, n° 105.

mier n'était pas rapportée. Peut-être en effet l'absent était-il déjà mort lors du second convol de son conjoint : il serait alors injuste d'annuler le nouveau mariage pour l'unique motif qu'il a été contracté avant la justification de la rupture du premier.

Cependant quand l'existence de la première union, sans être nettement établie, pouvait se présumer, d'après les circonstances, les deux nouveaux époux avaient la faculté de se séparer et si l'un d'eux s'opposait à la séparation demandée par l'autre, celle-ci était prononcée par le tribunal. « En continuant à vivre ensemble après les doutes qu'ils avaient conçus relativement à l'illégitimité de leur mariage, les époux couraient le risque de commettre un adultère suivant les observations de Saint Basile. Il fallait naturellement donner à tous deux et pour le moins au plus scrupuleux le moyen de sortir du péché (1). »

Mais qu'arrivait-il si l'absence avait cessé, c'est-à-dire lorsque l'existence du premier conjoint était révélée soit par son retour, soit par des lettres émanées de lui, soit par le témoignage de personnes qui l'avaient vu ?

Sans aucun doute, la nullité du second mariage devait être prononcée. Un texte (2), où nous lisons

1. Scheffer, *op. cit.*

2. Collect. des Conciles de Mgr. Hefèle, trad. de l'allemand par l'abbé Delarc, VI. p. 208. Ce concile ne fut pas œcuménique, néanmoins ses canons renferment une discipline qui fut longtemps suivie dans l'Eglise.

« is, si velit propriam uxorem recipiat » et où nous retrouvons les expressions de la novelle 127 de Justinien et de la novelle 33 de Léon, semblait accorder l'action en nullité au premier mari et à lui seul. Quelques canons, au contraire, décidaient que la nullité n'avait même pas besoin d'être prononcée (1). Il nous paraît plus conforme à l'esprit et à la doctrine de l'Eglise de croire qu'en ce cas la nullité fut toujours absolue et qu'elle pouvait être poursuivie par toute personne intéressée. Au reste, dans le dernier état du droit il n'y eut jamais de discussion sur ce point.

En tout cas, ce qui ne saurait être contesté, c'est que, suivant la doctrine canonique, le premier mariage devait nécessairement être rétabli et que l'époux de retour pouvait reprendre son conjoint, marié pendant son absence, du moins lorsque celui-ci s'était remarié de bonne foi et par conséquent ne pouvait être considéré comme adultère. Il est certain, également, que le conjoint présent devait, dès qu'il était informé de l'existence du disparu et avant toute poursuite, quitter son second époux et rejoindre le premier. De nombreux textes sont susceptibles de nous éclairer à cet égard : nous en retiendrons deux seulement qui sont plus particulièrement précis.

1. Can. cum per bellicam, caus. 34. Quaes. 1. — C. I, III, de sec. nupt., IV, 21.

Le premier est une lettre du pape Lucius III à des chefs chrétiens retenus captifs chez les Sarrazins. Ces chefs, depuis longtemps sans nouvelles de leurs femmes et les croyant décédées, demandèrent à Lucius III l'autorisation de se remarier. Celui-ci répondit : « Qu'aucun d'eux ne passe à de secondes noces avant d'être assuré de la mort de sa femme et que si quelqu'un s'est remarié sur une fausse nouvelle, lorsqu'il aura appris l'existence de sa femme, *relictis adulterris complexibus ad priorem conjugem revertatur* (1). »

Le second texte (2) est une décision de Saint Léon dans l'espèce suivante : une femme dont le mari avait été fait prisonnier avait entendu dire que ce dernier était mort, et s'était remariée ; quelques années plus tard, le captif revint et voulut reprendre sa femme ; celle-ci hésita à le recevoir. Saint Léon, saisi de la difficulté, ordonna à la femme de quitter son second mari et de retourner auprès du premier.

Voilà quelles étaient les règles du droit canonique relativement au second mariage contracté par le conjoint de l'absent.

Ajoutons que l'Eglise ne prononçait pas seulement des peines canoniques contre ceux qui n'obtempéraient pas à ces règles, elle leur refusait encore le

1. *Journ. du pal.* t. I, p. 505.

2. *Merlin. Rép.* V Mariage, sect. 2. § 1, n° 5.

bénéfice des effets civils du mariage à partir du jour où leur ignorance et par suite leur bonne foi avait cessé (1).

C. — ANCIEN DROIT CIVIL

Notre ancien droit civil admit presque sans modifications les règles du droit canonique relatives à notre sujet.

Nous lisons, en effet, dans Beaumanoir (2) : « Il solait estre que quand li mari aloient hors dou paï et ils demeuroient sept ans ou plus que les femes se remarioient : por les perix qui en avinrent, si fut osté et confermé par Saincte Eglise que nulle feme mariée, por nul lonc tans que ses maris de mort, si ele ne set chertaine novele de se mort, ne se puist remarrier. »

Quant à Pothier, après avoir proclamé le principe de l'indissolubilité du mariage, il s'exprime ainsi :

« Une personne qui a contracté un premier mariage, ne pouvant pas en contracter un second tant que le premier n'est pas dissous par la mort de la personne qu'elle avait épousée en premier lieu, c'est une conséquence que, tant qu'elle n'est pas assurée de sa mort, elle ne peut passer à un second mariage (3). »

1. Scheffer, *op. cit.*

2. Coutumes de Beauvoisis, chap. LVII, § 2.

3. Pothier, *op. et loc. cit.*

L'autorité civile se prononçait dans le même sens que l'autorité ecclésiastique, comme le montre cet arrêt du Parlement de Paris, du 9 février 1640, portant règlement sur le mariage des hommes et des femmes veufs, cité par Denisart (1) : « La Cour fait inhibitions et défenses à tous curés et vicaires de passer outre à la célébration d'aucun mariage des parties qui se disent en viduité sans avoir auparavant des certificats signés des curés et juges des lieux, en bonne et due forme que le mari ou la femme de ceux qui se présentent, soient décédés, sinon que les curés, prêtres et vicaires aient certaine connaissance de leur décès et dont autrement ils demeureront responsables. »

L'application des principes du droit canonique fut encore faite dans l'espèce suivante : un capitaine de navire, René Filiers, avait contracté mariage en 1757 ; au mois de janvier 1765, il s'embarqua pour Barcelone et depuis cette époque ne donna plus de ses nouvelles. Sa femme apprit plus tard que le vaisseau qu'il commandait s'était perdu sur la côte d'Afrique et que deux passagers qui étaient parvenus à regagner le rivage avaient adressé à l'amirauté le récit du naufrage et certifiaient que le capitaine, bien qu'ils ne l'eussent pas vu se noyer, était mort dans la catastrophe. La famille de Filiers lui fit célébrer

1. Collect. de jurisp. V^o Absence.

un service dans l'église Notre-Dame : sa femme prit le deuil et ses héritiers se partagèrent sa succession. Au bout de cinq ans, celle qui, aux yeux de tous, passait pour veuve, voulut se remarier. Le curé refusa de publier les bans, prétendant que le décès de Filiers n'était établi d'une façon certaine ni par le procès-verbal du naufrage, ni par les allégations des deux survivants. La veuve interjeta appel comme d'abus et un arrêt du Parlement de Paris en date du 20 décembre 1771 confirma la sentence de l'official (1 et 2).

De ces citations il résulte que, tant au point de vue du droit canonique qu'au point de vue du droit civil, l'époux qui désirait passer à un second mariage devait fournir, au préalable, une preuve certaine du décès de son conjoint.

Mais quelle était cette preuve ? Que fallait-il entendre par ce *certus nuntius* dont parlait le pape Clément III ?

Pothier (3) est très explicite sur cette question. Suivant lui les actes faisant foi de la mort sont :

1. Merlin. *Rép.* V^o Bigamie, § 4.

2. Un arrêt du Parlement de Toulouse du 29 janvier 1557 a jugé « que la mort se doit prouver par témoins qui certainement en déposeront ou par grandes et manifestes présomptions ». *Arrêts not. du Parlement de Toulouse* par Bernard de la Roche-Flavin, 1745.

3. *Op. cit.*, n^o 105.

1° Un extrait du registre des sépultures de la paroisse ou de l'hôpital, délivré par le curé et légalisé par le juge ;

2° A défaut de cet acte, par suite de perte du registre ou de négligence du curé, le témoignage de deux personnes attestant quelque fait justificatif de la mort, par exemple, l'enterrement du *de cujus*. Remarquons que Pothier exigeait deux témoins par *a fortiori* de la règle *testis unus, testis nullus*, admise dans les affaires pécuniaires ; il repoussait par conséquent la théorie plus douce du célèbre casuiste Sanchez qui se contentait d'un seul témoin dans le cas où le premier époux se trouvait dans un pays très éloigné d'où il était fort difficile de faire parvenir des nouvelles ;

3° Le certificat du major ou du commandant d'un régiment attestant que tel de ses hommes a été trouvé parmi les morts.

4° Pothier ajoute enfin que le laps de cent années qui s'est écoulé depuis la naissance de l'absent forme une présomption de droit de sa mort, suivant les textes qui disent : « *is finis vitæ longissimus est* » (2).

Ce dernier moyen de preuve, qui ne fut jamais admis par l'Eglise, était d'ailleurs rejeté par la majorité de nos anciens auteurs, du moins quant à la dis-

1. Voir p. 30, note 2.

solution du mariage (1). Du reste, à moins d'imaginer une première union des plus disproportionnées, il paraît peu vraisemblable que le conjoint d'une personne âgée de cent ans désire contracter un nouveau mariage, et il est probable que la présomption tirée des cent ans écoulés n'a jamais été invoquée dans ce but.

On voit donc que « le mariage tant qu'il n'était pas dissous par la mort de l'une des parties était un empêchement dirimant qui empêchait le mari de pouvoir contracter valablement mariage avec une autre femme et la femme de pouvoir se marier valablement avec un autre homme » (2).

Ajoutons que notre ancien droit civil ne se bornait pas à interdire à l'un des époux de se remarier, avant d'avoir rapporté la preuve du décès de son conjoint, il permettait encore à tout intéressé et au ministère public de former opposition au second mariage impugné de bigamie.

Mais quel était le sort réservé à la nouvelle union contractée par le conjoint d'un absent ?

Nous nous demanderons tout d'abord : Qu'adve-

1. La présomption tirée des cent ans écoulés depuis le décès de l'absent a passé dans notre Code civil, mais uniquement en ce qui concerne les biens ; cette circonstance autorise l'envoi en possession définitif des biens de l'absent (art. 129) avant l'expiration du délai de trente ans depuis l'envoi en possession provisoire.

2. Pothier, *op. cit.*, n° 102 *in fine* et n° 104.

nait-il, tant que durait l'absence du premier époux ?

Cette question fut, à l'origine, l'objet de vives controverses. Deux arrêts des 28 juillet 1692 et 12 juillet 1713, cités par Duperray (1), prononcèrent les peines de la bigamie contre des maris, par cela seul qu'ils avaient passé à de nouvelles noces, sans avoir de preuves légales de la mort de leurs femmes absentes, bien qu'il y eût incertitude sur l'existence de ces dernières et que la bigamie n'ait pas été démontrée.

De ces décisions, il semblerait résulter que, dans l'ancien droit, la nullité du second mariage était toujours prononcée. Cependant, il est certain qu'à la fin du xvii^e siècle la doctrine et la jurisprudence furent à peu près généralement d'accord pour décider que le mariage une fois célébré devait être maintenu, tant que la survivance de l'absent n'était pas établie d'une façon indiscutable.

Le Parlement de Paris, par arrêt du 25 janvier 1694, statua en ce sens, après avoir entendu d'Aguesseau qui prononça, notamment, ces paroles : « Quoi qu'il n'y ait point d'obstacle plus invincible que celui du premier mariage, l'on ne doit pourtant prononcer la nullité du second engagement jusqu'à ce qu'il soit certain que le premier mari était vivant dans le temps du deuxième mariage (2). »

1. *Contrat de mariage*, pp. 9 et 10, 44 et 45.

2. D'Aguesseau. *Œuvres*, t. III, 38^e plaidoyer. Affaire Colliquet.

Devant le même Parlement, dans l'affaire Maupetit (1), l'avocat général Gilbert Desvoisins soutint une théorie semblable et celle-ci fut consacrée par arrêt, en date du 23 juillet 1723. Gilbert Desvoisins s'exprima en ces termes : « Commela vérité est toujours présente aux yeux de Dieu, ce n'est pas de la situation apparente ou présumée des contractants que dépend la validité de leur mariage, c'est de celle où ils se trouvent en effet. Pour empêcher le lien de se former il faut de nécessité absolue un empêchement dirimant et qu'il soit réel. Sans cela le sacrement opère toujours son effet et produit un engagement indissoluble. C'est sur ce principe qu'on juge perpétuellement dans les questions de mariage, quoique les hommes qui

1. L'espèce était la suivante : Jeanne Fabri avait épousé en 1706 un sieur Donier et en 1714 s'était remariée à Claude Billon en se donnant comme veuve mais sans être munie des preuves légales du décès de son premier mari. Claude Billon décéda en 1722 sans enfants et institua sa femme son héritière universelle.

Marguerite Billon, sœur du testateur, et Dominique Maupetit, son mari, interjetèrent appel comme d'abus du mariage de Jeanne Fabri et de Claude Billon, prétendant être en état de prouver qu'à l'époque de ce mariage Donier, premier mari de Jeanne Fabri, vivait encore, mais sans offrir de faire la preuve qu'il fût vivant dans le temps même où ils poursuivaient leur appel. Maupetit étant décédé, peu de temps après, sa veuve reprit et continua la procédure en son nom seul.

La Cour déclara la veuve Maupetit non recevable dans son appel comme d'abus et ordonna, en conséquence, que les testament et codicille de Claude Billon seraient exécutés.

V. *Nouveau Denisart*. V^o absence.

en jugent ne puissent le faire que sur ce qui leur paraît... Mais s'il en est ainsi, comme on n'en saurait douter, est-il permis de déclarer nul un deuxième mariage, sur le fondement d'un premier, tant qu'il est douteux si ce premier subsiste encore ? L'esprit des lois ecclésiastiques qui mettent obstacle à la témérité de ceux qui se présument libres trop légèrement, ne condamne-t-il pas aussi la précipitation avec laquelle on se porterait à déclarer nul un second engagement qui peut être légitime ? Cette réflexion conduit naturellement à distinguer le cas où il s'agit de permettre ou d'empêcher la célébration d'un second mariage et celui où il s'agit de statuer lorsqu'elle est déjà faite.

« Dans le premier cas, il n'y a point à douter, il faut aller au plus sûr et exiger la preuve la plus certaine.

« Dans le deuxième, on doit douter autant qu'on le peut convenablement ou, s'il faut prendre parti, choisir celui qui entraîne le moins d'inconvénients. Et quel est en général celui qui en entraîne le moins ? C'est celui qui laisse subsister les choses dans l'état où elles se trouvent.

« Dans le doute et l'obscurité y a-t-il comparaison à faire entre laisser deux personnes dans l'espèce de bonne foi ou l'ignorance de fait les met, et arracher une femme d'entre les bras d'un mari qui en est en possession, troubler l'état d'une famille, mettre tout

en confusion dans la société civile et cela sur la présomption d'un fait incertain et qui même vraisemblablement n'est point ? »

Telles étaient, dans notre ancien droit, les règles concernant le second mariage du conjoint de l'absent lorsque durait encore l'incertitude sur l'existence du disparu.

Mais qu'arrivait-il quand cette incertitude avait cessé, c'est-à-dire quand le premier époux n'était plus en état d'absence proprement dite ?

Cette réponse, fort simple, nous est fournie par Pothier : « Le second mariage doit être déclaré nul. » On se trouve donc, ici, en présence d'une nullité absolue, opposable par tous les intéressés.

Quant à la jurisprudence, elle se prononça dans le même sens que la doctrine, comme le prouvent de nombreuses décisions contenues dans nos recueils. Nous nous bornerons à citer un arrêt du Parlement de Paris, rendu le 4 août 1774, dans l'espèce suivante : pendant l'absence de Jean Maillard, Marie La Tour, sa femme, s'était remariée sur la foi d'un certificat de décès, délivré par le comte de Lignon dans la compagnie duquel servait son mari. Cette nouvelle union, dont plusieurs enfants étaient issus, durait encore lorsque Jean Maillard, parti depuis quarante ans, revint à son domicile et voulut reprendre sa femme. Celle-ci refusa de le reconnaître et par suite de le recevoir. Le Parlement, saisi de la diffi-

culté, annula le second mariage et ordonna à Marie Latour de retourner auprès de son premier mari (1).

Le second mariage était encore annulé lorsque le décès de l'absent était survenu postérieurement au convol de son conjoint. Dans ce cas, en effet, la nouvelle union avait, sans nul doute, été contractée avant la dissolution de la première ; elle se trouvait donc entachée de bigamie et le décès du disparu survenu dans la suite ne pouvait valider un contrat frappé de nullité dès son origine.

Ajoutons que, lorsque un second mariage était attaqué pour cause de bigamie et quand celle-ci était sinon prouvée, du moins probable, certains parlements ordonnaient aux époux de se séparer, en attendant qu'un jugement définitif ait statué sur le sort de leur union. « On cherchait par cette mesure à concilier le respect dû au mariage, s'il était légitime, et

1. L'ancienne jurisprudence nous offre un exemple plus singulier d'un individu qui réussit à se faire passer auprès de la femme d'un absent pour son mari, de retour, « grâce à une ressemblance parfaite et aux discours qu'il lui tint sur ce qu'il avait appris être arrivé à ce dernier ». Il vécut avec elle et en eut une fille ; puis le véritable mari revint et éprouva beaucoup de difficultés à se faire reconnaître. « Enfin, nous dit Ferrière, la Cour, ayant avec beaucoup de peine et beaucoup d'adresse découvert l'imposture du scélérat, le condamna à faire amende honorable, à être pendu, puis brûlé, ses biens, attendu la bonne foi de la femme dont il avait abusé, furent adjugés à la fille qu'il avait eue d'elle. »

l'intérêt des bonnes mœurs, s'il était bigamique (1). » Un arrêt du parlement de Dijon jugea en ce sens (2) et d'Aguesseau conclut à l'adoption d'une mesure semblable dans son 28^e plaidoyer où il dit : « Jusque-là (jusqu'à ce qu'il soit certain que le premier mari était vivant dans le temps du deuxième mariage), on oblige ceux qui ont été mariés dans cet état d'incertitude à demeurer séparément (3). »

Toutefois cette doctrine fut repoussée dans la plupart des parlements.

Les parlements refusèrent également de sanctionner le droit que l'Eglise accordait aux époux de faire prononcer leur séparation lorsqu'ils avaient conçu des doutes sérieux au sujet de l'illégitimité de leur union. La doctrine était indécise sur ce point. Quant à Pothier il se bornait à dire que « si la femme et le second mari apprenaient par l'attestation de personnes dignes de foi l'erreur du certificat de décès du premier mari, sur lequel le second mariage avait été contracté, ils étaient, dans le for de la conscience, obligés de se séparer » (4).

Nous devons, enfin, rechercher quels étaient les effets de la bonne foi des époux, tant au point de vue du mariage proprement dit qu'à l'égard des

1. Scheffer, *op. et loc. cit.*

2. V. *Dictionnaire des arrêts*, p. 28, n° 30.

3. D'Aguesseau, *op. et loc. cit.*

4. Pothier, *op. et loc. cit.*

enfants qui en étaient issus et des conjoints eux-mêmes.

Il est certain qu'elle ne validait jamais la nouvelle union. Car « tout l'effet de la bonne foi, dit Pothier, avec laquelle les parties ont contracté le second mariage est que, quoiqu'il soit nul, les enfants qui en sont nés ne sont pas réputés bâtards et qu'en considération de cette bonne foi ils ont dans les successions de leurs père et mère les mêmes droits qu'ont les enfants nés en légitime mariage » (1).

Toutefois, la bonne foi produisait encore une autre conséquence ; elle soustrayait les époux aux poursuites criminelles pour cause de bigamie et par suite aux peines qui étaient attachées à ce crime. En vérité, c'était là un résultat fort appréciable, car les châtimens qui frappaient les époux bigames étaient, tout d'abord, dans certains parlements, la mort, puis, plus tard, le bannissement ou les galères ; et dans tous les cas le coupable était préalablement attaché au carcan avec deux chapeaux pendus à ses côtés, si c'était une femme, et, si c'était un homme, avec deux quenouilles.

Telles étaient, dans notre ancien droit, les règles relatives à notre sujet.

Comme on le voit, le divorce n'étant pas admis, le conjoint de l'absent ne pouvait jamais, en prin-

1. Pothier, *op. et loc. cit.*

cipe, passer à un second mariage. Cependant il n'est pas douteux qu'en fait, soit à cause du fonctionnement défectueux de l'état civil, soit par suite de la tolérance généralement pratiquée, l'époux présent parvenait assez fréquemment à se remarier sans produire l'acte de décès de son premier conjoint. Nous en avons de nombreuses preuves dans les auteurs, et notamment dans un passage de Henrys, qui dépiore cet état de choses, en ces termes : « Nonobstant la prohibition de la loi, les femmes ne laissent pas de se remarier après une absence de deux ou trois ans et sur le moindre soupçon que le mari soit mort à la guerre. L'indulgence des juges cause ce désordre et nous sommes en un siècle où la moindre excuse couvre le vice. Si le mari ne revient pas, la femme demeure impunie et quoiqu'on le sache vivant, on le fait passer pour mort. Il n'est plus de censeur public et la recherche des crimes ne se fait plus d'office et par zèle de justice (1). »

D. — DROIT INTERMÉDIAIRE

Le grand principe de l'indissolubilité du mariage, qui avait dominé toute notre matière dans l'ancien

1. Henrys, t. II, p. 589, liv. III, question 98. *De la polygamie.*— Lyser, *Meditationes ad Pand. species* 95, vol. II. *De morte*, pp. 316 et suiv., n'hésite pas à trouver naturelle une telle tolérance et même à conseiller d'en user.

droit, ne devait pas résister au courant des idées révolutionnaires. Il ne tarda pas, en effet, à être rejeté par le droit de l'époque intermédiaire.

Le 3 septembre 1791, l'Assemblée nationale proclama que le mariage serait désormais un contrat civil, — mais sans toutefois admettre le divorce. Celui-ci fut établi, l'année suivante, par l'article 1, titre IV, section V, de la loi des 20 et 25 septembre 1792, qui déterminait le mode de constater l'état civil des citoyens.

A la même époque, une autre loi (20 septembre 1792) vint déterminer les causes, le mode et les effets du divorce. Les causes de divorce étaient : l'incompatibilité d'humeur, les sévices, les injures graves, l'inconduite notoire, la folie, l'abandon ayant duré deux ans, *l'absence ayant duré cinq ans*, l'émigration dans les cas prévus par les lois, et, enfin, les condamnations criminelles. Le paragraphe 2 de l'article 17 de cette même loi, statuant sur le point qui nous occupe, permettait au conjoint présent de s'adresser à l'officier public de son domicile, qui prononçait le divorce sur la présentation d'un acte de notoriété constatant que l'absence avait duré cinq ans. La femme pouvait se remarier de suite, c'est-à-dire sans attendre l'expiration du délai de viduité.

Le législateur de 1792 s'était, on le voit, montré fort large. La jurisprudence fut plus large encore dans l'interprétation des textes. Le tribunal de cas-

sation (1), en effet, déclara que le seul fait d'une absence ayant duré cinq ans conférait à l'époux présent un droit acquis au divorce, alors même que des nouvelles lui seraient parvenues depuis que le délai prescrit était expiré.

Une telle décision nous semble fort critiquable. Car la loi s'étant fondée, pour accorder le divorce en cas d'absence, sur une présomption de mort, la cause de divorce aurait dû disparaître lorsque, par suite de la réception de nouvelles du disparu, cette présomption avait cessé d'exister ; sauf à apprécier, du reste, si le long silence de l'absent ne pouvait pas constituer un abandon.

La Convention devait aller plus loin encore dans la voie du divorce. La loi du 4 floréal an II, après avoir posé ce principe qu'il « est de l'esprit du gouvernement révolutionnaire de dégager de toute entrave l'exécution des lois qui règlent l'état et les droits des citoyens », poursuivit : « S'il est constaté par acte authentique ou de notoriété publique que la séparation des époux a lieu par l'abandon fait par l'un d'eux du domicile commun sans donner de ses nouvelles, l'époux abandonné pourra obtenir son divorce sur la simple présentation de l'acte authentique ou de notoriété, six mois après cet abandon et

1. Cassation, 11 fructidor an XII. *Journal des Audiences*, an XIII, p. 75. Aff. Rousselot.

sans avoir besoin d'appeler l'époux absent. » Et l'article 4 ajoute : « Les femmes des défenseurs de la patrie ou des fonctionnaires éloignés de leur domicile pour le service de la République ne pourront néanmoins, pendant l'absence de leur mari, demander le divorce que par devant l'officier public de leur dernier domicile commun. »

Enfin le décret du 14 vendémiaire an III décida que la femme d'un émigré ou d'un individu résidant aux colonies pourrait obtenir le divorce sans délai et sans aucune citation, pourvu qu'elle présentât un acte authentique ou de notoriété établissant que son conjoint était aux colonies ou qu'il était émigré.

Notons que dans le cas où le divorce était prononcé sans délai ou dans les six mois, au profit de la femme, celle-ci devait attendre un an avant de se remarier, afin d'éviter la *turbatio sanguinis*.

Le législateur s'était beaucoup trop engagé dans la voie des réformes et des innovations. On ne tarda pas à en ressentir les funestes conséquences. « Ce furent, au témoignage des contemporains, les lois de 1792 et de l'an II qui contribuèrent à amener à Paris une telle dissolution de mœurs qu'on y vit en 1793 un divorce pour trois mariages et en 1794 un divorce pour deux mariages (1). » Et cependant, lors

1. Tissier. Rapport sur la question de l'extension possible des causes de divorce. *Bulletin de la Société d'Et. Légis.*, 1906, p. 144.

du vote de la loi de 1792, Aubert Dubayet avait dit :
« Le divorce sera très rare ; tous les bons mariages subsisteront. »

Une réaction s'imposait, et Mailhe, le 15 thermidor an III, s'adressant à la Convention, s'écria :
« Vous ne saurez arrêter trop tôt le torrent d'immoralité que roulent ces lois désastreuses. » Ce jour même l'application de la loi du 4 floréal an II fut suspendue.

Toutefois, plus tard, eu égard au principe de non-rétroactivité des lois, on crut devoir déclarer inattaquables les divorces antérieurement prononcés, même pour des causes non admises par la nouvelle loi du divorce ; il importait de maintenir les droits acquis : c'est ce que fit la loi du 16 germinal-6 floréal an XI (16-26 avril 1802) ainsi conçue : « Tous divorces prononcés par des officiers de l'état civil ou autorisés par jugement avant la publication du titre du Code civil relatif au divorce, auront leurs effets conformément aux lois qui existaient avant cette publication. A l'égard des demandes formées antérieurement à la même époque, elles continueront d'être instruites, les divorces seront prononcés et auront leurs effets conformément aux lois qui existaient lors de la demande. »

Ce texte fut complété par un avis du Conseil d'Etat du 18 prairial an XII (7 juin 1804) sur les actes de divorce faits pendant la disparition des

émigrés ou absents, décidant « que les émigrés ou absents ne peuvent attaquer les actes de divorce faits pendant leur disparition. Les actions qu'ils intenteraient à ce sujet seraient également contraires au texte et à l'esprit des lois précitées et elles tendraient à perpétuer une agitation et des souvenirs qu'il faut au contraire éteindre le plus tôt possible. Les émigrés et absents rentrés ne peuvent examiner que le point de fait, s'il existe un acte de divorce revêtu de sa forme extérieure et matérielle ; mais ils ne peuvent jamais être recevables à remettre en question l'affaire et à discuter les causes du divorce » (1).

1. Voir pour l'application : Cass., 30 pluviôse an XIII. — Sirey. V. 1. 108. — V. également Dalloz, *Répert. alph.*, v° Séparation de corps, n° 424, et Merlin, — v° Divorce, section IV, § 10. Affaire Mac-Mahon : arrêt de Cassation, sections réunies, du 22 mars 1806.

L'espèce était la suivante : la femme d'un officier irlandais, ayant affirmé être depuis cinq ans sans nouvelles de son mari, avait obtenu le divorce. L'absent revint et prouva que sa femme, qui avait correspondu avec lui, pendant ce temps, d'une façon ininterrompue, n'avait pas ignoré son existence. Néanmoins, et bien qu'il y eût crime de bigamie, le divorce, étant régulier en la forme, fut maintenu.

CHAPITRE II

DE L'ABSENCE CONSIDÉRÉE COMME CAUSE DE DISSOLUTION, DE PLEIN DROIT, DU MARIAGE

Dans notre législation actuelle qui, on le sait, a conservé le vieux système de la déclaration d'absence, le lien matrimonial est-il, après un certain temps, considéré comme rompu, lorsqu'il y a incertitude sur l'existence d'un des époux ?

Aucun texte, dans notre Code civil, ne répond formellement à cette question. Toutefois, de l'énumération évidemment limitative de l'article 227, ainsi conçu : « Le mariage se dissout : 1° par la mort d'un des époux ; 2° par le divorce légalement prononcé (1) » il résulte implicitement que l'absence n'est pas une cause directe de dissolution du mariage. La même idée ressort également de l'article 139 qui permet au disparu de retour de demander la nullité du second mariage contracté par son conjoint.

1. Le code de 1804 ajoutait dans son n° 3 la mort civile, mais celle-ci fut abolie par la loi du 31 mai 1854.

D'ailleurs, les travaux préparatoires nous prouvent qu'une telle solution est bien conforme à la pensée du législateur de 1804.

En effet, l'article 26 du projet de la commission du gouvernement, qui était très explicite sur ce point et qui ne faisait en somme que reproduire la doctrine de Pothier, disait : « L'absence de l'un des époux, quelque longue qu'elle soit, ne suffira point pour autoriser l'autre à contracter un nouveau mariage ; il ne pourra y être admis que sur la preuve positive du décès de l'autre époux à moins que l'absent ne soit parvenu à l'âge de cent ans accomplis (1) ».

Mais cette dernière disposition ne fut pas admise par la section de législation. Bigot-Préameneu exposait ainsi les motifs de ce refus : « Le plus important de tous les contrats ne saurait dépendre d'une simple présomption soit pour déclarer anéanti celui qui avait été formé, soit pour en former un nouveau (2). »

Plus tard, lors de la discussion au Conseil d'Etat, cet article disparut, parce qu'on estima qu'il était suffisant d'insérer dans la loi ce qui forme l'article 139 actuel.

Il est donc certain qu'à notre époque l'absence ne

1. Fenet, t. II, p. 423.

2. Fenet t. II, p. 187.

dissout pas, de plein droit, le mariage et que le conjoint présent ne peut pas, au moins en principe, passer à une seconde union s'il ne rapporte une preuve indiscutable du décès du disparu ; car on ne sait si l'absent est vivant ou mort, et l'incertitude ne peut équivaloir à la mort prouvée.

CHAPITRE III

DE L'ABSENCE CONSIDÉRÉE COMME CAUSE POSSIBLE DE DIVORCE

Introduit pour la première fois dans notre droit par la loi de 1792, le divorce pour cause d'absence ne devait pas, nous l'avons vu, survivre à la période révolutionnaire.

Notre question fut de nouveau agitée, lors de la discussion du Code civil ; le législateur de 1804 ne la trancha pas de façon précise. M. Naquet la reprit en 1884 ; il ne put la faire aboutir.

En 1902, MM. Paul et Victor Margueritte présentèrent une pétition destinée à faire modifier la loi du divorce. Ils proposaient d'ajouter aux causes déterminées déjà existantes un grand nombre d'autres cas parmi lesquels nous voyons figurer l'absence de l'un des époux, sans nouvelles pendant deux ans au moins (1).

1. Ce projet rappelle beaucoup la loi de 1792. Il renferme toutes les causes susceptibles de paraître au tribunal de nature à atteindre profondément le lien conjugal.

Enfin, plus récemment, le 15 décembre 1905, M. le député Morlot déposa une proposition de loi tendant au même but que la précédente. Mais le Parlement n'a pas encore, à l'heure présente, été appelé à statuer à ce sujet.

Dans l'état actuel de notre droit, l'absence n'est donc pas une cause de divorce, aucun texte du Code civil ne la mentionnant comme telle.

Mais n'y a-t-il pas sur ce point, dans notre législation, une lacune qu'il conviendrait de combler ? Ne devrait-on pas faire de l'absence véritable, c'est-à-dire de l'incertitude sur l'existence d'un individu, une cause de divorce au profit du conjoint présent ?

Quels sont donc les motifs qui ont fait rejeter l'innovation projetée tant en 1804 qu'en 1884 ? Sont-ils bien concluants ?

C'est ce que nous allons rechercher en passant tout d'abord en revue les projets divers ainsi que les discussions auxquels a donné lieu la matière spéciale qui nous occupe.

Dans les projets présentés par le consul Cambacérès, nous retrouvons quelques traces du système révolutionnaire. En effet, l'article 2 du titre du divorce, au premier de ces projets est ainsi conçu : « Dans le cas où l'époux demandeur alléguerait pour motif de divorce, l'une des causes suivantes : ... 5° la fuite de la maison conjugale par la femme avec un autre homme ou par le mari avec une autre femme ;

6° l'expatriation pendant deux ans sans nouvelles... (1). »

Le troisième projet est plus explicite encore, car parmi les causes de divorce énumérées à l'article 328 se trouve l'absence depuis cinq ans sans nouvelles.

En revanche, le projet présenté par Jacqueminot le 30 frimaire an VIII marque une grande hésitation à l'égard du divorce lui-même. Nous lisons en effet dans les « Idées préliminaires » qui le précèdent : « C'est elle (la création du Code civil) qui mettra un terme au scandale de ces divorces continuels qui ont failli travestir le mariage en une sorte de concubinage avoué, à ces divorces qui, nécessaires quelquefois, sont toujours un mal et qui doivent par conséquent être assujettis à de lentes et nombreuses épreuves, précautions indispensables contre les conseils de l'humeur, de la légèreté et de la licence des aveugles passions. » Le projet lui-même admet le principe du divorce, dans l'article 67 du titre du mariage, mais il ne l'organise pas.

Enfin, peu de temps après, le projet présenté par la commission du gouvernement, après avoir nettement distingué entre l'abandon et l'absence, repousse formellement celle-ci en tant que cause de divorce, comme le montre l'article 28 alinéa 2 du titre du

1. Le n° 5 vise sans aucun doute le cas d'abandon, mais dans le n° 6° c'est bien de l'absence proprement dite qu'il s'agit.

divorce qui décide que « l'absence de l'un des époux, qui a eu pour principe une cause légitime, quelle qu'en ait été la durée et quoi qu'il ne conste d'aucune nouvelle reçue de lui, ne peut autoriser la demande en divorce, sauf ce qui est statué au titre de l'absence » (1).

Cette dernière partie du texte fait allusion à l'article 27 que nous avons cité plus haut (2) et qui considérait le mariage comme dissous, lorsqu'un délai de cent ans s'était écoulé depuis la naissance du disparu.

Le tribunal de cassation, dans ses observations, proposa au contraire cette rédaction : « L'absence seule, quelle qu'en ait été la cause, produira le même effet (que l'abandon, c'est-à-dire sera une cause de divorce), si elle a subsisté cinq ans sans aucune nouvelle (3). »

Plus tard, au sein du Conseil d'Etat et à deux reprises différentes, à propos du titre de l'absence et de celui du divorce, notre question fut longuement discutée.

Le 24 vendémiaire an X (16 octobre 1801) (4), lorsqu'on passa au titre du divorce, deux contre-pro-

1. Fenet, t. II, p. 57.

2. V. p. 60.

3. Fenet, t. II, p. 476.

4. V. Discussion au Conseil d'Etat. Fenet, t. IX, pp. 305-317.

jets furent déposés. L'article 8 au premier de ces projets était ainsi conçu : « L'absence déclarée sera une cause de divorce ; et néanmoins, il ne pourra être prononcé qu'une année après le jugement qui aura déclaré l'absence. » L'auteur, Boulay, distinguait les causes absolues, devant nécessairement et immédiatement faire prononcer le divorce et les causes facultatives. A côté des premières, « anéantissant pour ainsi dire d'un seul coup le mariage », il en est d'autres, pensait-il, qui sont moins graves et qui, comme l'absence, ne produisent le même effet que par leur continuité.

D'autre part, le deuxième contre-projet, émanant de Berlier, disposait dans son article 4 : « Il y a ouverture à divorce... 2^e lorsque l'un des époux, absent depuis plus de cinq ans sans qu'on ait reçu de ses nouvelles, a été déclaré tel par jugement. »

Le projet Boulay obtint la priorité.

Lors de la discussion des articles, Portalis et Tronchet se déclarèrent hostiles à l'innovation projetée : « Presque toujours, dit Portalis, l'absent s'est éloigné pour des motifs de fortune et pour servir ainsi l'intérêt de sa femme et de ses enfants ; il serait donc odieux que son absence tournât contre lui-même. »

Quant à Tronchet, il s'écria : « On ne sait si le mari est mort ou vivant. La loi lui conserve ses propriétés et par la contradiction la plus bizarre, elle

lui enlèverait la propriété de sa femme ! ce serait un scandale. »

Berlier, au contraire, examinant la question dans l'intérêt des femmes « vu que la guerre, les voyages et presque toutes les causes qui font perdre les traces d'un individu, pèsent plus spécialement sur les hommes » fit observer que l'absence du mari laissait la femme dans un célibat malheureux et qu'on devait lui permettre le mariage qui lui rendait un appui.

On discuta ensuite le point de savoir quel laps de temps devrait s'écouler depuis les dernières nouvelles du disparu, avant d'autoriser son conjoint à demander le divorce. Le délai de cinq ans fut immédiatement écarté comme insuffisant ; celui de vingt ans fut soutenu par Berlier, en ces termes : « Si l'on trouve le terme de cinq ans trop court, qu'on n'autorise le divorce qu'après vingt ans, c'est-à-dire à l'époque où l'envoi en possession des héritiers de l'absent devient définitif ; mais que le célibat de la femme ne soit pas perpétuel. Il y a lieu de présumer que l'absent qui n'a pas donné de ses nouvelles pendant vingt ans a cessé d'exister. »

Le premier Consul proposa d'accorder aux tribunaux la faculté de prononcer le divorce après dix ans d'absence, lorsque, d'après une enquête, ils présumeraient la mort du disparu.

Enfin Régnier fit remarquer que le droit qu'on voulait donner à la femme était illusoire. « On ne

peut, dit-il, autoriser le divorce dans un délai trop court et cependant, si le délai est un peu long, lorsqu'il expirera, la femme aura atteint l'âge où une femme ne se remarie guère, pour peu qu'elle ait de raison. »

On proposa alors d'admettre des cas où les tribunaux pourraient avoir égard aux présomptions susceptibles de faire croire au décès de l'absent, ainsi, lorsqu'il se serait trouvé dans un naufrage, dans un incendie, ou dans quelque autre sinistre.

Thibaudeau combattit cette proposition qu'il jugea dangereuse. « Chez une nation, déclara-t-il, qui a des armées considérables, composées de citoyens de toutes les classes, adopter aussi légèrement des présomptions de mort, ce serait compromettre les intérêts des défenseurs de la patrie. Il vaut mieux confondre tous les cas dans la règle générale, au risque de prendre quelquefois des précautions inutiles pour conserver les droits d'un homme qui serait réellement mort. Il ne peut y avoir d'inconvénient à cette réserve ; il y en aurait beaucoup à réputer mort un homme réellement vivant et à agir pour tout ce qui le concerne, d'après cette présomption. Le plus scandaleux de ces inconvénients serait d'autoriser le divorce d'une femme que son mari pourrait venir réclamer le lendemain au bras d'un autre époux. »

Finalement le Conseil d'Etat ne trancha pas notre question, il la renvoya au titre des absents où elle

revint en discussion le 4 frimaire an X (25 novembre 1801) (1).

De cette séance, nous ne retiendrons que ces fortes paroles de Thibaudeau : « Le divorce ne peut jamais être fondé que sur les torts d'un des époux envers l'autre. L'absence n'est point un tort ni un délit, c'est le plus souvent un malheur ; la loi doit toujours le présumer. Ce serait dénaturer le remède extraordinaire du divorce que de l'admettre dans le cas d'absence quel qu'il soit. »

Après cette courte reprise, le Conseil décida que le projet de loi sur les absents ne contiendrait aucune disposition sur les effets de l'absence par rapport au divorce. De telle sorte qu'après des renvois successifs d'un titre à l'autre, renvois qui trahissent l'embarras des rédacteurs du Code, il n'est parlé nulle part, dans les textes définitifs, de l'absence comme cause de divorce.

Notre question se posa à nouveau lorsque le Parlement eut à statuer sur le projet qui aboutit à la loi du 27 juillet 1884.

Résolue dans le sens de l'affirmative par la Chambre des députés qui inscrivit dans l'article 232 du Code civil : « L'absence déclarée sera pour l'autre

1. Fenet, t. VIII, p. 425. Discussion au Conseil d'Etat. Procès-verbal de la séance du 4 frimaire an X. Titre des absents.

époux une cause de divorce », elle fut discutée au Sénat dans les séances des 6 (1) et 8 juin (2).

M. Naquet défendit devant la Haute Assemblée le texte voté par la Chambre. Il fit remarquer que dans l'état actuel des moyens de communications, cinq ou dix années (car l'absence déclarée peut n'arriver qu'après cinq ou dix ans suivant les cas) c'était un laps de temps tellement considérable qu'il était absolument inadmissible qu'on soit demeuré aussi longtemps sans nouvelles d'une personne, s'il n'y avait pas eu la mort de cette personne ou sa volonté formelle de garder le silence. « Or, ajouta-t-il, s'il y a eu de sa part volonté formelle de ne pas donner de ses nouvelles, ce n'est plus l'absence, c'est l'abandon, et l'abandon, s'il n'est pas reconnu dans la loi comme cause de divorce, est en somme reconnu comme tel par la jurisprudence. Dans le second cas si la personne dont on est resté sans nouvelles est morte, alors le divorce n'est plus qu'un moyen détourné de constater le veuvage. »

Le projet ainsi modifié fut accepté par la commission ; il fut vivement combattu par M. Bathie qui reprocha à la déclaration d'absence d'avoir pour résultat, dans le système admis, de faire rompre le lien matrimonial d'une façon définitive, tandis que

1. *J. off.*, Déb. parl., Sénat, séance du 6 juin 1884, pp. 1036 et 1037.

2. *J. off.*, *loc. cit.*, p. 1041.

la succession ne serait ouverte que d'une manière provisoire. L'orateur déclara de plus que cette disposition « était profondément immorale ». « On dit poursuivit-il, que les cas seront très rares, mais il suffit que le retour de l'absent soit possible, et dans le cas où le fait se produira, vous aurez, si le système est admis, créé une bigamie par la loi. »

A la séance du 8 juin, la commission du Sénat présenta cette nouvelle rédaction : « L'absence pourra être une cause de divorce, cinq ans après qu'elle aura été déclarée. » Ce qui aboutissait, d'une part, à faire de l'absence une cause de divorce facultative pour les tribunaux, d'autre part, à ne laisser prononcer le divorce qu'après un délai de dix ou seize années suivant les cas.

C'était là, en vérité, un tempérament considérable apporté à l'amendement de M. Naquet. M. Batbie, après l'avoir reconnu, attaqua néanmoins le nouveau texte. Il reprit, en le retournant, le dilemme posé par M. Naquet à la précédente séance. L'absence, dit-il en substance, quelque prolongée qu'elle soit n'aboutit qu'à ceci : il est incertain si l'absent est vivant ou mort ; or s'il est mort, on ne peut prononcer le divorce car le mariage est dissous de plein droit, d'ailleurs on ne divorce pas avec un mort. S'il est vivant, la question se subdivise. De deux choses l'une : ou bien il ne reparait pas parce qu'il ne le veut pas, alors c'est un cas d'injure grave et

la disposition est inutile ; ou bien il ne reparait pas parce qu'il ne le peut pas et la demande en divorce formée contre lui est alors souverainement injuste.

Se placant à un autre point de vue, M. Batbie déclara qu'il n'était pas impossible de supposer pratiquement des cas où l'on soit empêché, malgré soi, de donner de ses nouvelles pendant une longue période de temps, bien que les mers ne soient plus, comme autrefois, infestées de pirates, que les circonstances aient changé et que l'on n'ait plus autant à craindre ces enlèvements qui donnèrent lieu à tant de récits dramatiques. « Remarquez, ajouta-t-il, que si la barbarie a reculé, la civilisation a marché vers la barbarie et par conséquent qu'elles se trouvent encore en présence. » Et il cita l'exemple de nos officiers, alors aux prises avec les Pavillons Noirs.

L'orateur insista ensuite sur les inconvénients d'une procédure par défaut, basée sur des témoignages ne pouvant être contredits par le défendeur. Il fit ressortir que la divorce aurait pour résultat, en vertu de l'article 299 du Code civil, de faire tomber les donations, à l'encontre de l'absent, sans qu'on sache si son silence est volontaire ou forcé.

Enfin M. Batbie, reprenant l'argument de Thibau-deau que nous avons cité plus haut, fit à l'amendement de M. Naquet une dernière objection. Il lui reprocha d'admettre le divorce pour un fait ne pouvant être imputé à l'époux contre lequel il est prononcé.

« Le divorce, poursuivit-il, qui d'après la loi est la punition de certains faits reprochables, comme la condamnation, comme les sévices et injures graves comme l'adultère, serait désormais la punition d'un fait pour lequel le conjoint n'encourra même pas un blâme. »

M. Labiche, rapporteur, vint alors défendre le projet de la commission. Il déclara tout d'abord que les objections de M. Bathie étaient plus ingénieuses que fondées. Puis s'attaquant à la première (si l'absent est décédé, les principes s'opposent à ce qu'on prononce le divorce) il fit remarquer que c'était précisément la mort qui faisait doute, que si elle était établie le divorce serait inutile, et il ajouta : « Faut-il, parce qu'il est impossible de faire la preuve de la mort, faut-il pour respecter un simple scrupule de légiste, maintenir dans les liens d'un mariage qui n'existe véritablement pas un conjoint qui devrait recouvrer sa liberté ? Car si l'hypothèse est vraie, s'il est mort quel inconvénient y a-t-il à ce que le divorce soit prononcé ? »

Envisageant ensuite l'hypothèse de l'éloignement volontaire de l'absent, il s'efforça de démontrer que le reproche, fait au texte nouveau, d'être inutile en ce cas, n'était pas justifié. Car, dit-il en substance, comment établir que l'éloignement est volontaire ? Si on pouvait faire cette preuve, c'est qu'on aurait des nouvelles et alors le conjoint ne serait pas en

état d'absence légale. Ne pouvant donc jamais avoir de preuves certaines, n'est-on pas obligé de recourir à des présomptions pour mettre fin à la situation intolérable de l'époux présent ?

Le rapporteur examina enfin cette dernière objection : l'absent peut revenir ; qu'arrivera-t-il si cette éventualité se produit ? Il répondit que l'absence n'était pas une cause péremptoire du divorce ; que les tribunaux auraient la faculté de ne pas le prononcer s'il restait une chance quelconque, « si romanesque, si invraisemblable » qu'elle soit d'espérer le retour du disparu. « Chacun de nous, déclara-t-il encore, a connu de ces situations extrêmement intéressantes qui imposent une certitude morale absolue que l'absent est mort ; bien qu'on ne puisse pas en faire la preuve matérielle, le doute n'existe dans l'esprit de personne, l'acte de décès manque, cependant la mort est certaine. C'est dans ces cas-là que nous confions aux tribunaux la mission d'apprécier la situation et si, dans un cas donné, leurs appréciations peuvent être démenties par l'événement, ce sera extrêmement rare et il sera infiniment probable qu'alors l'absent, qui sera resté dix ou quinze ans sans donner de ses nouvelles, sera en faute et sera coupable, sinon d'abandon, au moins d'une extrême négligence. »

Malgré les efforts de M. Labiche, le Sénat se prononça en faveur de la thèse soutenue par M. Batbie.

Le législateur de 1884 refusa donc d'admettre l'absence parmi les causes de divorce.

De ces discussions il se dégage qu'on a pensé qu'une telle disposition serait contraire à la fois à la nature de l'absence et à celle du divorce, puisque, d'une part, le divorce suppose des torts imputables à l'un des époux et que, d'autre part, l'absence implique l'incertitude de l'existence du disparu.

A partir de cette époque nous ne trouvons plus trace de notre sujet dans les documents parlementaires, les Chambres n'ayant pas encore été appelées à se prononcer sur les propositions de loi de MM. Paul et Victor Margueritte et de M. Morlot.

Toutefois, en 1906, au sein de la Société d'études législatives, notre question fut encore agitée, à l'occasion d'une question plus vaste, mise à l'étude, celle de l'extension possible des causes de divorce.

La Commission fut d'avis — à supposer que la procédure de déclaration de décès des personnes disparues ne soit pas généralisée, et qu'on veuille conserver notre système de la déclaration d'absence — qu'il serait bon que le divorce pût être prononcé en cas d'absence déclarée de l'un des conjoints. Elle reprit donc le texte voté en 1884 à la Chambre des députés et proposa la nouvelle rédaction suivante :
« Le divorce peut être demandé par l'un des époux, si l'autre époux a été déclaré absent et si plus de dix ans se sont écoulés depuis ses dernières

nouvelles. » En outre, elle prit soin d'ajouter que le divorce en ce cas ne serait pas suivi des déchéances ordinaires qui atteignent le conjoint aux torts duquel il est prononcé.

Voilà les différents projets auxquels a donné lieu notre matière depuis la rédaction du Code civil jusqu'à ce jour. Voilà les principaux arguments qui ont été fournis pour ou contre l'absence, envisagée comme cause de divorce. Sont-ils bien concluants ? Ont-ils tous une importance égale ? Il est à remarquer que certains parmi eux — comme par exemple celui tiré de la difficulté de faire la procédure contre l'absent — ne concernent pas le principe même ; ils n'ont, à notre sens, qu'un intérêt tout à fait secondaire ; aussi les écarterons-nous pour ne retenir que ceux qui nous paraissent les plus forts, c'est-à-dire ceux qui touchent au fond même de la question.

Une première objection doit être prise en considération à cause de l'impression qu'elle a produite sur les rédacteurs du Code, c'est celle qui fut présentée par Tronchet et qui peut être ainsi résumée : la loi conserve à l'absent ses propriétés, elle ne peut lui enlever sa femme.

Mais, répondrons-nous, il est faux que la femme soit la propriété du mari comme paraît le dire Tronchet. Peut-on tirer des règles applicables aux biens quelque induction sur celles applicables aux personnes ? Ce sont là deux ordres d'idées absolument

différents. De ce que l'absent doit, à son retour, recouvrer la propriété de ses biens, doit-il nécessairement résulter que sa femme devra attendre pendant de longues années, peut-être, qu'il lui plaise de donner de ses nouvelles ?

Quant au dilemme posé par M. Batbie en 1884 devant le Sénat, nous ne croyons pas devoir nous y arrêter, car il nous semble que M. Labiche y a répondu victorieusement (1).

En revanche nous devons examiner d'un peu près un argument vraiment très fort contre l'absence cause de divorce, c'est celui de Thibaudeau, celui que M. Batbie a développé longuement à la fin de son discours et qu'on peut formuler en ces termes : l'absence n'est pas un tort ni un délit, c'est le plus souvent un malheur et le divorce ne peut être prononcé que pour une faute d'un des époux envers l'autre.

Certes nous croyons, comme Thibaudeau et comme M. Bathie, que cette idée — au lendemain des lois de 1792 dont il est résulté tant d'abus — était bien celle des rédacteurs du Code civil, lesquels décidèrent, en effet, que le divorce ne pourrait être admis qu'à raison de faits constituant à la charge de l'un des conjoints la violation grave d'une obligation née du mariage.

Ce fut également l'opinion de la jurisprudence,

1. V. pp. 74 et 75.

qui, allant un peu plus loin qu'on ne l'avait fait en 1804, accorda — et le législateur de 1884 l'a approuvée — le divorce à la suite de fautes quelconques, même étrangères aux rapports des époux, aux obligations du mariage, pourvu qu'elles fussent d'une telle gravité que la vie commune en fût rendue impossible.

Mais ne peut-on pas faire un pas de plus dans la voie du divorce ? Notre loi actuelle ne devrait-elle pas être modifiée en ce sens, qu'on admettrait que le lien conjugal pût être dissous pour certaines causes non imputables à l'un des conjoints, mais mettant fin à l'union matérielle et morale de la famille ?

C'est là une question très grave et très complexe. Il nous semble que M. Tissier (1) l'a fort judicieusement résolue, dans le rapport remarquable qu'il présenta à la Société d'études législatives, au nom de la commission chargée de l'étude que nous avons déjà signalée.

Il résulte de ce rapport que la commission n'a pas cru devoir nécessairement refuser d'admettre comme causes de divorce, par cela seul qu'elles ne dérivent pas d'une faute d'un des époux, certaines circonstances qui pourtant rendent évidemment à jamais impossible la reprise de la vie commune. Il n'y a pas, en d'autres termes, de fin de non-recevoir

1. *Bulletin de la Société d'Etudes Législatives*, 1906, pp. 117 à 146. Tissier, rapport écrit. V. rapport oral, et discussion même op. pp. 180 à 202 et 177 à 297.

générale et absolue à opposer aux projets de réforme qui se placent à ce point de vue. Plus loin, M. Tissier poursuit : « Le divorce n'est pas la sanction d'une faute, ce n'est pas une peine, c'est un remède, un remède exceptionnel sans doute, mais qu'il faut appliquer à tous les cas où l'intérêt social veut la dissolution, où humainement on ne peut imposer la continuation du mariage ; et cela peut se produire en dehors de toute faute ; par exemple, lorsqu'il s'agit de l'absence... »

Nous admettons donc avec M. Tissier, comme principe, que le divorce n'est pas nécessairement la sanction d'une faute, mais un remède qu'il appartient « au législateur d'admettre, au juge d'appliquer dans tous les cas où cela est juste et nécessaire ».

Mais n'y a-t-il pas là de graves dangers ?

Ne pourrait-on pas nous dire, comme l'a fait Jules Simon, en 1884, lors de la discussion générale de la loi du divorce : « Méfiez-vous des petits commencements, car ces petits commencements peuvent entraîner des développements qui étonneront ceux qui avaient voté l'innovation, mais sans en pressentir les dangers » ?

La consécration de ce principe n'aurait-elle pas pour conséquence de ramener notre droit, en matière de divorce, au système des lois de 1792 et de l'an II dont nous avons signalé les résultats funestes, de

faire triompher le point de vue auquel se sont placés MM. Paul et Victor Margueritte en 1902 et M. Morlot en 1905 ? Ne nous entrainerait-elle pas peu à peu dans une voie grosse de périls, celle de l'élargissement des causes de divorce, élargissement en faveur duquel est menée depuis quelques années une campagne vigoureuse et incessante, qui est réclamé dans de nombreux journaux, revues et brochures, dont la thèse se retrouve dans des romans passionnels et a même été plusieurs fois portée au théâtre ?

Ne serait-ce pas, en d'autres termes, accorder une première satisfaction à ceux qui ne veulent pas seulement ajouter d'autres cas de rupture à ceux qu'admet la loi actuelle, mais qui réclament encore le divorce par consentement mutuel et veulent aller jusqu'à l'incompatibilité d'humeur sur la demande d'un seul des époux ? (1)

Nous devons donc bien préciser le sens que nous donnons à notre principe et les conséquences que nous entendons en tirer. Mais pour le faire nettement, il nous semble indispensable d'examiner — sans, toutefois, entrer dans des développements qui dépasseraient le cadre de cette étude — une question à laquelle la nôtre se rattache d'une façon si étroite qu'on ne saurait guère envisager l'une et passer l'au-

1. Voir le projet de loi sur le mariage élaboré par le comité de réforme du mariage dans Henri Coulon, *Mariage et Divorce*).

tre sous silence, question qui a toujours été discutée avec ardeur et qui, à l'heure actuelle, passionne encore les esprits, c'est celle du divorce et de son élargissement.

Elle se présente de la manière suivante : la loi du divorce a-t-elle donné tous les résultats que ses auteurs ont prévus et qu'on était en droit d'attendre ? Il ne le semble guère. Le législateur de 1884 n'avait-il pas dit que les divorces seraient rares et difficiles, que la loi n'avait d'autre but que de fournir un remède à des situations tout à fait exceptionnelles ? Or l'expérience a démenti cette affirmation ; les divorces sont, à l'heure actuelle et principalement dans les grandes villes, prononcés avec une facilité extraordinaire ; de la comparaison des statistiques françaises et étrangères, il ressort que, d'ici quelques années, — si la rapidité que suit chez nous le mouvement ascensionnel, continue — nous dépasserons la Suisse et les Etats-Unis et atteindrons le premier rang quant à la proportion des divorces.

D'un pareil état de choses bien peu se déclarent satisfaits. Les uns trouvent très inquiétants les résultats auxquels on est arrivé. Ils pensent qu'on est allé beaucoup trop loin et qu'une réaction est nécessaire. D'autres réclament au contraire de nouvelles mesures propres à faciliter encore le divorce.

A laquelle de ces deux opinions allons-nous nous rallier ? Nous rejetterons sans hésitation la thèse

de ceux qui, envisageant, avant tout, en matière de mariage et de divorce, non pas l'intérêt de la famille et de l'État, mais la liberté, l'indépendance des époux, veulent une large extension des causes de divorce. Ce sont là des « erreurs considérables » ; ce sont des idées de « pure anarchie ». « En réalité, dans cette revendication tumultueuse des droits de l'individu, on oublie les devoirs et les obligations que crée pour lui le lien du mariage. Avec cette seule idée de liberté de l'individu pour guide, on est conduit à repousser toute loi, toute discipline, on aboutit à la répudiation, sans frein, sans obstacle, à une sorte d'union libre qui ne diffère de l'autre que par son inscription sur les registres de l'état civil. »

Nous pensons, au contraire, qu'une réaction s'impose dans l'application de la loi du divorce. En effet, nous plaçant uniquement au point de vue de l'intérêt de l'Etat, nous croyons que le mariage doit être une union perpétuelle de sa nature. « C'est l'intérêt social qui le veut, parce qu'il veut les familles stables, parce qu'il veut les enfants élevés par les parents, parce qu'il veut pour les parents eux-mêmes la discipline morale de la vie de famille et que tout cela n'existera plus le jour où la dissolution sera libre (1). »

Le divorce — dont nous n'admettons pas d'ail-

1. Tissier, *op. et loc. cit.*

leurs le principe sans quelque regret — ne doit être qu'un remède exceptionnel et rare ; il ne doit être prononcé que dans les cas où le lien conjugal est très profondément atteint, quand la rupture est complète, quand la vie commune est rendue à jamais impossible ; il doit être difficile car « une loi ou une jurisprudence qui l'admet trop facilement suggère en réalité et propage l'idée du divorce ; elle est une source fatale de désordres, un ferment destructeur de la famille, un élément puissant de dissolution sociale » (1).

C'est au législateur seul à dire, en n'ayant en vue que la justice et l'utilité sociale, dans quels cas, pour quelles causes le mariage peut être dissous. Nous estimons qu'il doit prévoir et empêcher les abus du divorce. Quant aux tribunaux, ils doivent se montrer plus rigoureux dans l'application des demandes qui leur sont soumises.

A MM. Paul et Victor Margueritte qui ont écrit que contre l'élargissement du divorce « les objections viennent du passé, du fond d'un passé de superstitions religieuses et de dogmatisme juridique », nous opposons cette belle réponse de M. Tissier : « C'est au contraire en se plaçant au point de vue de l'avenir de la démocratie, de l'amélioration des clas-

1. Tissier, *op.* et *loc. cit.*

ses ouvrières, qu'on doit réagir avec énergie contre les progrès du divorce en notre pays (1). »

Telle est notre opinion au sujet du divorce et de son extension possible.

Il est donc bien entendu que, lorsque nous admettons, comme principe, que le divorce n'est pas nécessairement la sanction d'une faute, il ne s'agit pas pour nous de l'élargir en ce sens qu'on le rendrait plus facile. Il s'agit au contraire de réagir contre la facilité avec laquelle il est actuellement prononcé ; car il nous semble que c'est en en précisant plus nettement les causes, en les soumettant à des conditions plus sévères, qu'on parviendra à diminuer l'abus du divorce.

D'ailleurs, comme M. Saleilles, nous considérons qu'il y a parmi les causes de divorce deux catégories très distinctes : « Les unes, les plus intéressantes au point de vue social, ont, si l'on peut dire, une influence immédiate sur la conception même du mariage, en ce sens qu'elles tendent par elles-mêmes à détruire, à modifier les conceptions traditionnelles que nous nous faisons du mariage. Non seulement elles modifient ces conceptions, en tant que conceptions théoriques et sociales, mais en fait et en pratique, elles influent sur la formation du mariage lui-même et sur la conception que les époux eux-

1. Tissier, *op et loc. cit.*

mêmes s'en font soit au moment où ils se marient, soit au cours de leur union (1). »

Au contraire, à côté de ces causes-là et à l'inverse, il en est d'autres, comme l'absence, qui sont purement accidentelles, qu'on ne peut prévoir et qui sont un remède « très légitime, très acceptable ». A quel que point de vue que l'on se place, elles n'ont « d'influence néfaste » ; elles n'ont pas d'influence sur la formation du mariage, pas d'avantage sur l'état des esprits, pas non plus enfin sur « la bonne union et la bonne harmonie des époux pendant le mariage ». « Il y a là véritablement de ces accidents qu'en se mariant personne ne prévoit et personne ne prend en considération. »

Lorsqu'il s'agit des causes que nous avons citées en premier lieu, l'école à laquelle appartient M. Saleilles et à laquelle nous nous rallions volontiers est d'avis sinon de restrictions formelles, du moins d'une interprétation judiciaire très restrictive de celles qui existent.

En revanche, sur l'autre point, nous croyons que « du moment que nous subissons le divorce, l'on peut se montrer libéral et même assez large » car dans ces cas-là « la famille que nous voulons sauvegarder avant tout, risque de souffrir plus encore de

1. *Bull. de la Soc. d'Et. lég.*, 1906. p. 278.

l'atteinte qu'elle a reçue, qu'elle ne souffrirait d'une rupture avouée et définitive » (1).

Il n'y a donc pas, à notre avis, de contradiction à admettre comme principe que le divorce peut être accordé pour certaines causes non imputables à l'un des époux et à envisager, comme nous l'avons fait, la question de l'extension possible des causes de divorce.

En effet « on peut très bien penser qu'il est nécessaire d'enrayer les progrès du divorce, qu'il faut rendre plus difficile et rare et en même temps soutenir, qu'il serait juste d'admettre le divorce dans quelques cas nouveaux comme par exemple l'absence déclarée ou la folie incurable » (2).

Revenant, à présent, à l'objection de Thibaudeau et de M. Batbie, il nous est aisé de conclure.

Nous croyons, tout en reconnaissant qu'elle était très forte à l'origine, qu'elle perd chaque jour de sa valeur, dans la mesure où l'on s'éloigne — encore que ce soit parfois regrettable — des conceptions que l'on se faisait du divorce lors de la rédaction du Code civil.

1. Saleilles, *op. cit.*, p. 280.

2. Tissier, *op. cit.*, p. 180. Il ne saurait s'agir pour nous d'admettre ce dernier cas, car nous estimons que c'est un devoir pour un époux d'assister son conjoint atteint de folie, et d'adoucir dans la mesure du possible son sort malheureux.

Nous ne pensons donc pas que le législateur moderne doive s'y arrêter.

Ayant ainsi mis au point les principaux arguments qui ont été fournis, au nom de l'intérêt et de l'utilité sociale, contre l'absence envisagée comme cause de divorce, il nous reste à examiner une dernière catégorie d'objections ; ce sont celles qui ont été faites dans l'intérêt de l'absent lui-même et qui, bien que ne touchant pas le fond même des principes, n'en sont pas moins sérieuses et dignes de retenir l'attention.

Elles ont été présentées par M. Bathie, qui reprocha à l'innovation projetée en 1884 d'être, à la fois, contraire aux principes, inutile, injuste ou profondément immorale (1).

M. Labiche nous paraît les avoir fort exactement réfutées.

En effet si le disparu est mort, quel inconvénient y a-t-il, en fait, à ce que le divorce soit prononcé ? Y aurait-il à redouter la chute des donations à lui faites par son conjoint ? Mais ne demeure-t-il pas entendu que — à supposer admis le système proposé par la commission de la Société d'études législatives — le divorce ne saurait être, en cas d'absence, suivi des déchéances ordinaires ?

S'il est vivant et que, de son plein gré, il garde le

1. V. pp. 73 sq.

silence, en quoi la réforme projetée est-elle inutile ? Car comment établir son mauvais vouloir ? Comment prouver l'injure grave ?

Mais si l'absent ne donne pas de ses nouvelles, parce qu'il est dans l'impossibilité absolue de le faire, ne sera-t-il pas injuste de prononcer le divorce contre lui ?

Certes, c'est là, nous le reconnaissons, une très grave objection. Et pour notre part, nous n'hésiterions pas à refuser d'admettre une réforme qui aurait pour résultat de punir une personne à qui l'on ne pourrait adresser d'autre reproche que d'être très malheureuse !

Mais la situation que nous envisageons est-elle susceptible de se rencontrer souvent ? Une telle hypothèse est-elle vraisemblable ? Il ne le semble guère.

Que se passe-t-il, en effet, le plus souvent en cas d'absence ? C'est que le disparu est mort victime d'un crime, d'un accident non découvert, ou plus simplement d'une maladie, sans qu'il soit possible de faire la preuve de son décès.

S'il est vivant et qu'il garde le silence, c'est presque toujours parce qu'il ne veut pas donner de ses nouvelles. Car il est difficile d'imaginer que dans l'état actuel de nos moyens de communication, un individu puisse rester pendant de longues années dans l'impossibilité de faire connaître son existence.

« Le temps n'est plus où l'on pouvait s'échouer sur une île déserte et les Pavillons Noirs, dont parlait M. Batbie, n'ont pas pendant cinq ans gardé de prisonniers. »

Il est donc, sinon impossible, au moins tout à fait anormal, dans les cas déjà rares de l'absence, de rencontrer une pareille situation. En conséquence, l'objection que nous venons d'examiner ne nous paraît pas suffisamment justifiée.

Mais, dira-t-on encore, l'hypothèse précédente peut se réaliser ; l'absent peut revenir et retrouver son conjoint au bras d'un autre époux : quel scandale !

Ici encore, nous répondrons qu'une telle éventualité quoique possible nous semble bien improbable. A supposer même qu'elle se produise, en quoi la morale serait-elle plus atteinte que si on contraignait un homme ou une femme à rester dans les liens d'une union qui, le plus souvent, n'existe plus que fictivement et se trouve dissoute en réalité ? Allons-nous repousser une règle qui permettra de remédier à des situations désespérées, parce que, exceptionnellement, elle pourra lésar un intérêt particulier ?

Au reste une telle objection ne doit-elle pas disparaître, du moment que l'on accorde aux tribunaux la faculté de ne pas prononcer le divorce, s'il reste une chance quelconque « si romanesque, si invraisemblable » qu'elle soit d'espérer le retour de l'absent ?

N'y a-t-il pas là un correctif de nature à calmer les craintes des plus pessimistes ?

Nous demanderons enfin à ceux qui plaignent le sort de l'absent : mais n'est-il pas presque toujours dans son tort, à moins qu'il ne soit mort, celui qui, pendant longtemps, très longtemps n'a pas donné de ses nouvelles ? N'est-il pas, en faute, celui qui a manqué à tous ses devoirs d'assistance envers son conjoint, à toutes ses obligations envers ses enfants ?

N'est-ce pas, au contraire, l'époux présent qui est vraiment digne d'intérêt et qui doit mériter notre sympathie, en même temps que la sollicitude du législateur ? Ne doit-on pas lui permettre, surtout s'il est jeune, de refaire sa vie, de se créer un nouveau foyer ? Ne serait-il pas libre, enfin, de ne pas user de la faculté à lui accordée par la loi, dans le cas où subsisteraient, dans son esprit, des doutes au sujet de l'existence de son conjoint et si des scrupules de conscience le lui interdisaient ?

Nous pensons avoir établi que, parmi les arguments divers qui ont été fournis contre l'absence envisagée comme cause de divorce et bien qu'il y en ait de vraiment sérieux, aucun n'est réellement concluant. Il est donc faux de dire qu'il est contraire aux principes, à l'intérêt et à l'utilité sociale, qu'il est inutile, injuste ou profondément immoral d'admettre dans notre Code civil la réforme proposée par M. Tisnier à la Société d'études législatives.

Nous croyons avoir démontré, en prenant soin, toutefois, de bien spécifier le sens que nous entendions donner à cette réforme, que, à supposer que l'on veuille maintenir le système de la déclaration d'absence, on devrait faire de l'absence déclarée une cause de divorce au profit du conjoint présent.

Enfin, comme M. Saleilles, nous estimons que « du moment que l'on admet le divorce, il est inévitable qu'on en fasse application en pareil cas, que c'est l'une des applications que l'on puisse en faire qui soient le moins contestables, à quelque point de vue que l'on se place ».

CHAPITRE IV

DU SECOND MARIAGE CONTRACTÉ PAR LE CONJOINT DE L'ABSENT

« On ne peut, dit l'article 147 du Code civil, contracter un second mariage avant la dissolution du premier. » Or, de ce que nous avons exposé précédemment il résulte que le lien conjugal ne saurait être rompu par l'absence de l'un des deux époux. Donc le conjoint présent ne peut, en principe, passer sans bigamie à une nouvelle union, tant que se prolonge l'incertitude sur l'existence du disparu, et toute personne ayant qualité, ainsi que le ministère public, aurait le droit de faire opposition à la célébration du second engagement qu'il voudrait contracter en fraude de cette règle.

Toutefois, il peut arriver en fait que le conjoint de l'absent parvienne à se remarier, soit qu'il surprenne la bonne foi de l'officier de l'état civil, en se faisant passer pour veuf ou célibataire, soit qu'il soit lui-même induit en erreur, par le témoignage de personnes dignes de foi ou par de graves présomp-

tions résultant par exemple d'un faux certificat de décès.

Quel sera le sort de ce second mariage tant pendant la durée de l'absence que lors de sa cessation ?

En ce qui touche la première hypothèse, il ne saurait y avoir doute. Car il est certain que les rédacteurs du Code civil ont entendu maintenir la solution qui avait prévalu dans notre ancien droit et qui, formulée par Gilbert Desvoisins, fut reproduite par Bigot-Préameneu dans l'Exposé des motifs : « L'incertitude de la mort de l'un des époux ne doit jamais suffire pour contracter un nouveau mariage, mais elle ne doit jamais suffire pour troubler un mariage contracté. » Quant à la jurisprudence elle a fait à diverses reprises l'application de ce principe. En effet il a été jugé : que le second mari d'une femme qui s'est remariée, nonobstant une première union avec un individu absent, n'est plus recevable à demander lui-même la nullité de son mariage s'il ne prouve pas l'existence du premier mari (1). La Cour de cassation a encore décidé : que des enfants dont la mère s'est remariée pendant l'absence de leur père doivent être déclarés mal fondés dans leur demande en nullité de mariage s'ils ne prouvent pas qu'à l'époque où celui-ci a été contracté le premier n'était

1. Req., 21 juin 1831.

pas dissous (1). La doctrine, de son côté, fut unanime à approuver de telles décisions.

Tout le monde fut donc d'accord pour admettre que la rigueur des principes — dont la conséquence logique aurait été la nullité du second mariage — devait fléchir ici en faveur d'une situation de fait, régulière en apparence, et que, par suite, il fallait considérer la nouvelle union comme valable et la protéger comme telle, jusqu'à ce que soit établie la bigamie, c'est-à-dire la coexistence des deux mariages.

En conséquence, tant que dure l'absence, il ne saurait s'agir de nullité ; le second mariage ne peut être attaqué, car « la même incertitude qui empêchait d'abord la célébration à faire protège ensuite la célébration déjà faite » (2).

Toutefois l'ancienne jurisprudence avait apporté à cette règle un tempérament de nature à concilier la nécessité de respecter un mariage qui avait peut-être été contracté après la mort de l'absent et l'intérêt également puissant des mœurs (dans le cas où l'absent aurait été encore vivant), en autorisant ou en obligeant, au besoin, à vivre séparément les époux qui avaient conçu des doutes sur la légitimité de leur union.

1. Req., 18 avril 1838. V. sur ces deux arrêts : Dalloz, *Rép.* Vo absence, n° 526.

2 Demolombe, t. II. n° 160-268, pp. 252-367.

Mais le droit moderne n'a pas renouvelé une telle disposition et la grande majorité des auteurs, avec Demolombe et Laurent, est nettement fixée dans le même sens (1). Cependant on admet dans ce système que si la femme ne se bornait pas à demander à vivre séparément et agissait en nullité, elle pourrait être autorisée à quitter le domicile conjugal pour se procurer des renseignements sur le sort de son mari absent.

Telles sont les solutions à la fois claires et précises que nous fournissent la doctrine et la jurisprudence relativement à notre première question.

Mais que devient le mariage contracté par le conjoint présent, lorsqu'a cessé l'incertitude sur l'existence du disparu ? D'abord, les règles sont-elles les mêmes selon que l'absence prend fin par la preuve du décès ou par la preuve de l'existence ?

Il est certain que la loi n'a pas statué sur le premier de ces deux cas. En présence d'un tel silence des textes, quel parti allons-nous prendre ?

Déciderons-nous, avec l'opinion dominante, qu'il n'y a jamais lieu de se préoccuper de savoir si le décès est antérieur ou postérieur au second mariage, que la nullité ne peut jamais être demandée ? Disons-

1. V. en sens contraire, Demante (*Encycl.*, v^o Absent n^o 153.) Cet auteur pense que les tribunaux devraient, sinon obliger, du moins autoriser les nouveaux époux à vivre séparés.

nous, au contraire, avec Marcadé (1), qu'il faut rechercher à quelle époque remonte le décès ? Estimerons-nous, enfin, avec M. Schaeffer, que « le droit commun reprend son empire dès que le caractère bigamique du convol est clairement établi » (2) ?

La première solution nous paraît devoir être adoptée, car selon nous, elle est conforme à l'esprit de la loi.

Ainsi, en cas de cessation d'absence par la preuve du décès du disparu, la nouvelle union formée par le conjoint présent ne nous semblerait attaquable en aucune hypothèse.

Supposons maintenant que l'absent revienne, qu'il donne de ses nouvelles ou que l'on ait acquis une preuve certaine de son existence. Qu'advient-il du second mariage ? Sera-t-il nul *erga omnes* ou seulement annulable dans l'intérêt et sur la demande de l'absent ?

C'est là une question grosse de difficultés, qui a donné lieu à de graves controverses et sur laquelle les auteurs sont encore, à l'heure actuelle, fort loin de s'entendre. Pour la résoudre, il est nécessaire de distinguer suivant que l'époux présent s'est remarié de mauvaise foi, c'est-à-dire n'ayant aucune raison sérieuse de se croire veuf, ou qu'il s'est remarié de

1. Marcadé sur l'article 139, n° 3.
2. Schaeffer, *op. cit.*, pp. 228-229.

bonne foi, c'est-à-dire croyant son conjoint réellement décédé.

Le premier cas relève à la fois du droit pénal et du droit civil : du droit pénal, parce qu'il y a crime de bigamie : du droit civil, parce qu'il y a violation de l'article 147, entraînant la nullité du second mariage. Nous plaçant uniquement au point de vue civil, nous nous demanderons : A qui la loi ouvre-t-elle l'action en nullité ? quel est le caractère de cette nullité ? Un texte précis va nous répondre, c'est l'article 184, d'après lequel « tout mariage, contracté en contravention aux dispositions contenues aux articles 144, 147, 161, 162 et 163, peut être attaqué soit par les époux eux-mêmes, soit par tous ceux qui y ont intérêt, soit par le ministère public ». En outre la loi prend soin d'ajouter, dans son article 188, que « l'époux au préjudice duquel a été contracté un second mariage peut en demander la nullité, du vivant même de l'époux qui était engagé avec lui », et, dans son article 190, que le ministère public « peut et doit demander la nullité du mariage, du vivant des deux époux, et les faire condamner à se séparer ». Remarquons enfin que les conditions d'exercice de l'action en nullité accordée à tous ceux qui y ont intérêt sont réglées par l'article 187 où il est dit : « Dans tous les cas où conformément à l'article 184 l'action en nullité peut être intentée par tous ceux qui y ont un intérêt, elle ne peut l'être par les

parents collatéraux, ou par les enfants nés d'un autre mariage, du vivant des deux époux, mais seulement lorsqu'ils y ont un intérêt né et actuel. »

Tel est le droit commun qui s'appliquera certainement au second mariage contracté, de mauvaise foi, par le conjoint de l'absent. Nous nous trouvons donc, ici, en présence d'une nullité absolue, proposable par tout le monde, dans les conditions et sous les réserves indiquées dans les articles que nous venons de citer.

Abordons maintenant notre deuxième hypothèse, la plus intéressante, celle où l'époux présent s'est remarié de bonne foi. De toute évidence, il ne saurait s'agir, en ce cas, de poursuites criminelles. Mais comment trancher la question de la nullité du nouveau convol ? Ce dernier est-il entaché d'une nullité absolue ? Pourra-t-il être attaqué conformément au droit commun ? Faut-il, au contraire, admettre, sur ce point, une dérogation à la théorie générale des nullités ?

Nous devrions, sans nul doute, nous référer aux articles 184 et suivants, si les rédacteurs du Code n'avaient inséré, au titre des absents (chap. III, sect. III : « Des effets de l'absence relativement au mariage ») l'article 139 ainsi conçu : « L'époux absent, dont le conjoint a contracté une nouvelle union, sera seul recevable à attaquer ce mariage par lui-même, ou par son fondé de pouvoir, muni de la preuve de

son existence.» Mais ce texte, bien que, d'apparence, très clair, a cependant été la source de difficultés nombreuses et a donné lieu à des interprétations diverses ; aussi devons-nous l'étudier d'un peu près.

La question la plus importante, qu'il faut résoudre tout d'abord, est celle de savoir à qui l'article 139 accorde l'action en nullité. Sur ce point quatre systèmes ont été élaborés ; nous allons les passer en revue successivement.

Premier système. — On s'appuie, dans ce système, sur le sens littéral et apparent de la loi, et on décide que l'absent seul ou son fondé de pouvoir a le droit de provoquer la nullité du second mariage, à l'exclusion des ascendants, des collatéraux, des nouveaux époux et du ministère public lui-même. C'est cette opinion qui a été soutenue par Toullier, l'un des premiers commentateurs du Code civil. « Le retour de l'époux, dit-il, ne rend ni aux parties intéressées ni au ministère public le droit d'attaquer le second mariage, à la différence des cas où l'un des époux aurait contracté un second mariage sans que l'autre époux se trouvât dans le cas d'absence. Ce serait alors de la bigamie pure, dont toutes les parties intéressées et même le ministère public peuvent se plaindre. Au lieu que dans le premier cas, l'époux présent est en quelque sorte excusable d'avoir passé à un second mariage parce qu'il pouvait croire le

premier époux décédé (1). » C'est donc, d'après Toullier, en raison de la bonne foi du conjoint présent que la loi protège d'une façon toute spéciale la nouvelle union.

Cette théorie fut reprise par Laurent, qui introduisit, dans son avant-projet de Code civil, cette disposition : « La nullité ne pourra être demandée en aucun cas que par l'absent. » Il la justifie de la façon suivante : « Plaçons-nous, dit-il, dans la réalité des choses ; le nouveau mariage est contracté pendant l'absence du conjoint. Pour que l'officier de l'état civil ait consenti à célébrer cette union, il faut supposer que l'absent est considéré comme mort à ce point qu'on a oublié qu'il ait jamais existé. Il vit cependant et il reparaît, mais il reparaît sans être connu de personne là où son conjoint a contracté mariage. Donc nul scandale : il se décide à garder le silence pour ne pas troubler l'union nouvelle de son conjoint. Lui n'agissant pas, personne ne saura qu'il y a jamais eu un premier mariage. Où donc est le scandale ? Le scandale serait dans une action en nullité intentée par des collatéraux, alors que le principal intéressé croit devoir garder le silence. C'est donc pour éviter le scandale que la loi s'en rapporte à l'absent. Lui seul peut apprécier la conduite de son conjoint. Est-elle réellement scandaleuse ? Il agira.

1. Toullier, t. I, n° 485.

Ne l'est-elle point ? Il ne provoquera pas de scandale. Où donc est l'immoralité de la loi (1) ? » En un mot, dans cette opinion, l'absent est juge du scandale que cause le mariage de son conjoint.

Ce système a pour lui le texte de la loi et quelques arguments qui ne manquent pas de force ; cependant il est aisé de prouver qu'il conduit à des résultats absolument inacceptables, tant au point de vue de la morale sociale qu'au point de vue particulier des époux du second mariage.

M. Planiol n'a-t-il pas écrit, en effet : « L'absent seul pouvant attaquer le mariage contracté par son conjoint, le mariage sera traité comme régulier s'il garde le silence et l'on pourra voir une femme ayant deux maris, des enfants ayant deux pères. Singulier ménage à trois, érigé en ménage légitime (2) ! » ?

Est-ce que l'ordre public et par suite la société elle-même n'ont pas un intérêt primordial à ce que cesse un tel état de choses ? Est-ce que le ministère public ne doit pas être armé du droit de provoquer, en dehors de toutes poursuites criminelles, eu égard à la bonne foi de l'époux présent, la dissolution d'une union aussi nettement bigamique ?

Mais dira-t-on, « il y a souvent plus de scandale dans les poursuites d'un délit obscur, ancien ou igno-

1. Laurent, t. 2, n° 250 et sq.

2. Planiol, t. III, n° 379.

ré, qu'il n'y en a dans le délit lui-même » (1). Certes une telle objection ne serait passans valeur s'il était établi que l'absent n'ait, à son retour, d'autre souci que celui d'éviter le scandale. Mais en sera-t-il réellement ainsi ? Nous croyons, au contraire, que ce scandale, que l'on voudrait empêcher à tout prix, éclatera dans la plupart des cas, soit que l'absent veuille reprendre au foyer conjugal la place qu'il occupait jadis et qui lui appartient encore, soit plutôt qu'il se serve du droit que la loi lui donne, comme d'une arme vengeresse, soit, encore, qu'il réclame ses biens aux mains de ses héritiers envoyés en possession provisoire ou définitive, soit enfin qu'il se borne à proclamer son retour et à refuser d'agir.

Si maintenant nous envisageons l'intérêt des nouveaux conjoints, nous constatons que le système de Toullier et de Laurent n'en tient aucun compte, puisqu'il leur refuse l'action en nullité. Il semble, cependant, qu'on devrait leur permettre de sortir de la situation intolérable où les place le retour du disparu, qu'on devrait prendre en considération les scrupules, à la vérité très respectables, des époux catholiques et ne pas obliger ces derniers à vivre dans un état qui aux yeux de la loi sera un légitime mariage tandis que leur conscience le leur représentera comme un adultère.

1. Portalis. Exposé des motifs du titre du mariage.

Voilà les conséquences inadmissibles, à notre sens, auxquelles conduit le premier système : il devrait donc être rejeté.

Deuxième système. — La seconde opinion, diamétralement opposée à la précédente, a été plus particulièrement soutenue par Marcadé (1) et par Demolombe (2). Suivant Marcadé, l'article 139, loin de constituer une dérogation au droit commun, ne fait au contraire que le confirmer : il a pour but « non pas de nous indiquer par qui le mariage pourra être attaqué, mais quand il pourra l'être » et signifie que « le mariage contracté par le conjoint de l'absent ne pourra être attaqué que quand l'absent sera de retour ou qu'il aura donné des preuves de son existence ». Par suite, l'action en nullité sera ouverte au profit de toute personne intéressée (nouveaux époux, ascendants et collatéraux, ministère public) aussi bien qu'au profit de l'absent lui-même, d'après les principes généraux énoncés aux articles 184 et suivants.

Demolombe arrive à une conclusion semblable, par un raisonnement différent. Pour lui, l'hypothèse prévue par l'article 139 est celle où l'absence dure encore. Dans ce cas, l'absent est seul recevable dans l'action en nullité. En revanche, lorsque l'incertitude sur l'existence du disparu a cessé, les règles spéciales

1. Marcadé, n° 484 sur l'article 239.

2. Demolombe, t. II, n° 260-268.

établies pour le cas d'absence doivent être écartées pour appliquer intégralement le droit commun.

On justifie ce système par la discussion, au Conseil d'Etat, des articles 26 et 27 figurant au projet du titre des absents et ainsi conçus :

Art. 26. — L'absence de l'un des époux, quelque longue qu'elle soit, ne suffira point pour autoriser l'autre à contracter un nouveau mariage. Il ne pourra y être admis que sur la preuve positive du décès de l'autre époux.

Art. 27. — Si néanmoins il arrivait qu'il ait été contracté un nouveau mariage, il ne pourra être dissous sur le seul prétexte de l'incertitude de la vie ou de la mort de l'absent et tant que l'époux absent ne se représentera point ou ne réclamera point par un fondé de procuration spéciale muni de la preuve positive de l'existence de cet époux.

Cette discussion est résumée en ces termes par Fenet (1) : « M. Béranger dit que cet article (l'article 27) et l'article 26 paraissent se contrarier. Le premier décide que l'absence de l'un des époux n'autorise, en aucun cas, l'autre époux à contracter un nouveau mariage ; le second suppose qu'un tel mariage a pu être contracté. M. Tronchet répond que ces articles ne se contrarient pas, mais qu'ils érigent en loi les belles maximes de l'avocat général Gilbert Desvoisins... M. Thibaudeau dit que, quoique

1. Fenet, VIII, p. 426.

la sagesse de ces maximes ne puisse être contestée, il y a cependant quelque inconséquence dans la manière dont elles sont rédigées : l'exception présente une contradiction trop formelle avec la règle ; il ne faut pas que la loi, en prévoyant la possibilité de tels mariages, paraisse les autoriser ouvertement ; elle ne doit présenter qu'un remède pour un cas qui peut arriver. Le consul Cambacérès proposa d'effacer l'article 26, d'énoncer d'abord la disposition de l'article 27 et de rédiger ainsi la fin de cet article : « Néanmoins, si l'époux absent se représente, le mariage sera déclaré nul. » M. Thibaudeau dit qu'il rédigera un article dans ce sens que l'époux absent pourra seul attaquer le mariage de son conjoint. La proposition du consul Cambacérès est adoptée. »

Demolombe invoque donc, à l'appui de sa théorie, le récit de Fenet, mais il l'interprète de la manière suivante : « La proposition (de Cambacérès) fut adoptée et M. Thibaudeau fut chargé de fondre les articles 26 et 27 dans le sens de cette rédaction, et de là est sorti l'article 139. » En conséquence, il est conduit naturellement à conclure : « Je crois donc que dès que l'absence a cessé, toute personne intéressée peut, d'après les règles du droit commun, demander la nullité du second mariage, en prouvant que le premier existait encore au moment où le second a été célébré. »

Quant à Marcadé, il déclare que, si le texte défi-

nitif ne reproduit pas la pensée de Cambacérès, c'est par suite d'un « léger vice de rédaction ».

Allons-nous nous rallier à ce système ? Certes, nous reconnaissons qu'il ne présente aucun des inconvénients du précédent ; cependant nous croyons devoir le repousser pour plusieurs raisons. En effet, nous ne considérons pas comme probant l'argument tiré des travaux préparatoires ; il nous semble, au contraire, que, bien loin d'avoir été rédigé dans le sens indiqué par Cambacérès, l'article 139 reproduit presque exactement les termes de la déclaration de Thihaudeau, — déclaration qui, d'ailleurs, n'a soulevé aucune protestation, — et que, par suite, l'interprétation de Marcadé et de Demolombe n'est conforme ni à la lettre de ce texte, ni à son esprit, bien qu'il puisse y avoir doute à cet égard, car il est assez malaisé de se rendre compte de la pensée exacte du législateur à la simple lecture de la discussion que nous avons rapportée.

De plus cette théorie ne fausse-t-elle pas absolument le sens de la loi ? L'article 139 décide catégoriquement que l'absent « sera seul recevable » à attaquer le second mariage contracté par son conjoint ; il y a là évidemment une restriction formelle au droit commun. Où donc est cette restriction dans l'opinion que nous venons d'exposer ?

Peut-être, à première vue, pourrait-on croire qu'elle existe attendu que Demolombe, distinguant

entre le cas où l'absence dure encore et celui où elle a cessé, accorde, dans la première hypothèse, l'action en nullité à l'absent seul et la refuse aux autres intéressés ; cependant, en réalité il n'en est rien, le disparu ne sera jamais seul à user, par lui-même ou par son mandataire, de la faculté qu'on lui accorde, car dès l'instant où il agira, il n'y aura plus incertitude sur son existence, par suite plus absence, au sens technique du mot, et on retombera immédiatement et nécessairement dans la deuxième hypothèse.

Nous adresserons enfin, au système que nous examinons, un dernier reproche, celui de rendre absolument inutile l'article 139. Était-il besoin, en effet, d'insérer dans le Code une disposition spéciale pour dire que la nullité du nouvel engagement contracté par le conjoint de l'absent devait être demandée conformément aux règles du droit commun ?

Troisième système. — Aubry et Rau (1) prétendent qu'il n'est pas possible d'entendre littéralement l'article 139. Selon ces auteurs, ce texte doit être interprété de la manière suivante : il faut faire une distinction entre le cas où l'absent est de retour et celui où il ne reparaît pas ; dans le premier cas le droit commun doit s'appliquer, dans le second le disparu peut seul attaquer le second mariage, « les autres

1. T. I, p. 633.

intéressés et le ministère public lui-même seraient non recevables à en provoquer l'annulation, bien qu'ils offrissent de prouver que l'absent vit encore actuellement, ou n'est décédé que depuis la célébration » de la nouvelle union.

Ce système présente une grande analogie avec le précédent, il soulève les mêmes difficultés, aussi nous ne croyons pas devoir nous y arrêter. Remarquons seulement que Aubry et Rau auraient dû préciser les circonstances susceptibles de faire considérer l'absent comme de retour et qu'ils nous semblent, en outre, avoir méconnu l'esprit de la loi qui est en général d'assimiler à la réapparition de l'absent la preuve acquise de son existence.

Quatrième système. — D'après Demante il est difficile de ne pas tenir compte de la précision des termes de l'article 139. « On ne peut, dit-il, se dispenser de reconnaître un caractère exclusif au droit proclamé par l'article 139 en faveur de l'absent (1). » Cependant il s'empresse d'ajouter : « Cela posé, cette exclusion proclamée d'une manière générale devra être appliquée aussi généralement que le permettra le respect de la morale et de l'ordre public. » Partant de cette idée, il est conduit à accorder l'action en nullité au ministère public et aux nouveaux époux, pour les raisons suivantes : « Même après que l'ab-

1. *Encyclopédie A*, n° 124.

sence a cessé, l'absent est le seul qui, dans un intérêt privé, puisse attaquer le nouveau mariage, ce qui exclut l'action des collatéraux, celle des enfants du premier lit et celle même d'un des nouveaux époux agissant après la mort de l'autre dans un intérêt pécuniaire, « puta », pour se soustraire à l'exécution de ses conventions matrimoniales. » « Mais, poursuit M. Demante, au contraire, il n'y a point de considération qui puisse faire cesser le devoir du ministère public d'agir en cas de bigamie flagrante pour faire condamner les nouveaux époux à se séparer. Rien non plus ne peut, dans le même cas, priver les deux époux de l'action que leur accorde l'article 184 dans un intérêt de morale et de conscience, action que la loi elle-même distingue, pour ce motif, de celle des parties intéressées. »

La loi, d'après cet auteur, divise en plusieurs classes les personnes qui peuvent demander la nullité : les nouveaux époux, le ministère public et tous les intéressés. C'est dans cette dernière catégorie qu'il faut ranger l'époux absent dont le conjoint s'est remarié et l'article 139 signifie que lui seul, parmi les intéressés, a qualité pour provoquer la nullité de la seconde union.

Le système de Demante est bien préférable aux précédents, au point de vue des résultats qu'il donne. En accordant une action au ministère public et aux nouveaux époux, il sauvegarde l'intérêt de ces der-

niers en même temps que la morale et l'ordre public. En écartant les collatéraux, il répond à la préoccupation qu'avaient les rédacteurs du Code et qui ressort clairement des travaux préparatoires. « La dignité du mariage, disait Bigot-Préameneu, ne permet pas de le compromettre pour l'intérêt pécuniaire des collatéraux (1). » Huguet, dans son discours devant le Corps législatif, était plus explicite encore : « Des tiers, des collatéraux, disait cet orateur, seront-ils admis à attaquer le second mariage ? Leur donnera-t-on le droit, comme dans l'ancienne jurisprudence, d'interjeter appel comme d'abus de ces seconds mariages et d'en demander la nullité ? Et parce que cette nullité pourrait convenir à l'intérêt des collatéraux, autorisera-t-on des demandes qui porteraient un trouble aussi notoire dans les familles ? L'article du projet de loi que je viens de citer refuse ce droit à ces collatéraux (2). »

Cette théorie serait certainement de nature à rallier tous les suffrages si elle ne présentait un inconvénient de la plus haute gravité, celui de s'écarter absolument du texte de la loi, d'être purement arbitraire.

A laquelle de ces différentes opinions allons-nous nous ranger.

1. Fenet, t. VIII, p. 462.

2. Fenet, t. VIII, p. 488.

Nous ne croyons pas pouvoir admettre les systèmes de Aubry et Rau, de Marcadé et de Demolombe à raison du résultat auquel ils conduisent : l'inutilité de l'article 139. Du moment où un texte existe, le rôle de l'interprète ne peut, selon nous, consister à lui dénier toute utilité. Ce serait s'engager là dans une voie fort dangereuse et donner un exemple qui, s'il se généralisait, amènerait inévitablement l'anarchie complète dans notre législation. Peut-être les auteurs de cette théorie n'ont-ils pas aperçu nettement la conséquence qui en découlait logiquement, autrement il est probable qu'ils eussent hésité à la formuler !

Quant au système de Demante, nous reconnaissons qu'il est très ingénieux, très séduisant et qu'il offre de nombreux avantages. En effet, en accordant une action en nullité non seulement à l'absent, mais encore aux nouveaux époux et au ministère public, il ne présente aucun des inconvénients de l'opinion de Toullier et de Laurent. De plus, en conservant une apparence de respect pour l'article 139, il échappe à la grave critique que nous avons adressée à Aubry et Rau, à Marcadé et à Demolombe. Enfin, en protégeant le second mariage contre les collatéraux, — bien que cette protection soit, à notre sens, suffisamment assurée par le droit commun contenu dans l'article 187, — il reproduit exactement, nous l'avons vu, la pensée dominante du législateur.

Cependant nous repoussons la théorie de Demante, théorie qui nous paraît formellement condamnée par ces quelques mots empruntés à Portalis : « Quand la loi est claire, il ne faut point en éluder la lettre sous prétexte d'en pénétrer l'esprit (1). »

Mais c'est là précisément la meilleure justification du système de Toullier et de Laurent, et c'est pour cette raison que nous croyons devoir nous rallier à l'opinion de ces deux auteurs. Avec eux, nous déciderons donc — quelque regret que nous en puissions avoir — que, dans l'état actuel de notre législation, l'action en nullité du second mariage contracté par le conjoint d'un époux absent, appartient à ce dernier seul agissant par lui-même ou par son fondé de pouvoir. Il nous semble, en outre, que cette théorie, nettement imposée à la doctrine par les termes précis de l'article 133, s'impose également à la jurisprudence et que, par suite, les tribunaux devraient nécessairement en faire l'application, s'ils étaient appelés à statuer sur le cas prévu à notre texte. Il n'est pas sans intérêt de constater, à ce sujet, qu'une telle éventualité ne s'est, à notre connaissance, encore jamais produite — ce qui montre combien faible est la portée pratique de notre question, — la jurisprudence s'étant bornée à écarter une action en nullité intentée pendant la durée de l'absence, pour ce seul

1. Titre préliminaire du projet du Code civil.

motif que le demandeur n'était pas en mesure d'administrer la preuve de l'existence du disparu (1).

D'ailleurs, il va sans dire que le système que nous adoptons et dont nous avons signalé les graves et multiples inconvénients, ne saurait nous donner pleine et entière satisfaction. Mais quand la loi est mauvaise, appartient-il à l'interprète d'en fausser le sens pour la rendre meilleure ? N'est-ce pas, au contraire, au législateur seul, qu'incombe le soin de la réformer ?

L'article 139 soulève encore quelques difficultés d'ordre secondaire, que nous devons examiner.

A propos de ce texte, s'est posée la question de savoir quel était le pouvoir dont le mandataire devrait être muni pour intenter l'action en nullité à lui accordée conjointement avec l'absent. Les auteurs sont loin d'être d'accord sur ce point.

D'après Marcadé il suffirait d'une procuration générale. « Si, dit cet auteur, le législateur n'avait eu en vue qu'un mandat exprès ou spécial que l'absent aurait envoyé du pays où il se trouve, ce mandat lui-même aurait été la preuve de l'existence de l'absent et l'on n'aurait pas exigé, comme une condition nouvelle, que le mandataire, en outre de ce mandat, fût encore muni de la preuve de l'existence. Et ce qui prouve encore que ce n'est point un mandat spé-

1. Req., 21 juillet 1831 : Affaire Blanc.

cial que le législateur a entendu exiger, c'est que le mot « spécial » se trouvait dans le projet (1) et qu'il a été retranché lors de la discussion au Conseil d'État. Il s'agit donc simplement d'un procureur laissé par l'absent lors de son départ et dont les pouvoirs ne prouvent nullement l'existence actuelle (2). »

Cette opinion nous paraît être en contradiction formelle avec l'article 1988 du Code civil, d'après lequel « le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration ». Ne ressort-il pas clairement de ce texte que pour les actes graves un mandat exprès est nécessaire ? Or, bien loin d'être simplement un acte d'administration, n'est ce pas un fait de la plus haute gravité que celui qui consiste à attaquer un mariage au nom d'une personne dont l'existence est incertaine ? D'ailleurs est-il vraisemblable que le mandant ait voulu « donner mandat pour intenter une action aussi imprévue qu'une demande en nullité du mariage de son conjoint » ? « Dès lors il n'est pas non plus vraisemblable que l'article 139 lui ait supposé cette intention d'autant plus que le pouvoir laissé par l'absent, cessant après la déclaration d'absence (art. 121-122) le législateur aurait ainsi prévu le cas assurément le plus rare, c'est-à-dire celui où le second mariage

1. Fenet, t. II, p. 36. — Projet, tit. IV, art. 28.

2. Marcadé, *op. et loc. cit.*

serait célébré pendant la présomption d'absence (1). »

Demante a proposé un moyen terme d'après lequel la procuration générale et même éventuelle serait suffisante pourvu qu'elle contint formellement le pouvoir d'attaquer la nouvelle union. Mais nous objecterons à cet auteur qu'en présence d'un acte aussi grave « l'absent doit se prononcer en connaissance de cause, après avoir mûrement réfléchi » (2).

Enfin la majorité des auteurs décide que la procuration dont il s'agit doit être spéciale et qu'il suffit qu'elle soit sous seing privé. Cette dernière solution se justifie par les considérations suivantes : d'une part, l'article 139 ne paraît déroger en aucune façon à l'article 1985 d'où il résulte que « le mandat peut être donné ou par acte public ou par acte sous seing privé, même par lettre ». D'autre part, si les rédacteurs de la loi avaient eu en vue une procuration authentique, ils n'eussent pas exigé que le mandataire fût muni de la preuve de l'existence de l'absent, car cette preuve aurait été fournie par la procuration elle-même.

C'est cette théorie que nous préférons ; d'ailleurs le point de droit qu'elle consacre est aujourd'hui hors de controverse.

Mais comment le fondé de pouvoir établira-t-il

1. Demolombe, *op. et loc. cit.*

2. Dalloz. *Rép. alph.* V^o A. 533.

l'existence de son mandant ? Sans nul doute, il ne pourra le faire qu'au moyen d'un acte reçu par un officier public compétent pour délivrer des certificats de vie.

La doctrine, enfin, est également unanime à reconnaître qu'il n'est pas nécessaire de réduire le mandataire à l'impossible par la nécessité qu'on lui imposerait de fournir la preuve de l'existence au jour précis où il intente l'action. Il suffit, d'après elle, que la preuve qu'il produit soit d'une date assez récente et c'est aux tribunaux qu'il appartient de l'apprécier suivant les circonstances (1).

En résumé, la difficulté relative au fondé de pouvoir dont parle l'article 139 doit être tranchée dans le sens suivant : « De deux choses l'une : ou la procuration donnée par l'absent à son mandataire est sous seing privé ou elle est authentique : dans le premier cas le mandataire doit, outre la procuration, rapporter un certificat authentique de vie de l'absent, dans le second la procuration prouve tout à la fois le pouvoir du mandataire et l'existence de l'absent qui l'a donnée (2). »

Recherchons maintenant quelle est la sphère d'application de l'article 139. Doit-elle, comme le prétendent certains auteurs tels que Proudhon (3), Demante

1. Dalloz. *Rép. alph.* V° A. 534.

2. Murlon et Demangeat, t. I, n° 496.

3. Proudhon, t. I, p. 300.

et Duranton (1), être limitée au mariage contracté par le conjoint de l'absent après la déclaration d'absence ? Doit-elle, au contraire, suivant l'opinion dominante, être étendue au cas où l'époux présent s'est remarié alors que l'absence était seulement présumée ?

A l'appui de la première théorie, on invoque les arguments suivants :

1° L'article 139 étant inséré au chapitre III qui traite des effets de l'absence, c'est-à-dire de l'absence déclarée, ne saurait concerner la période de présomption. Il est vrai, dit-on, que les articles 135 et 136 sont placés dans le même chapitre et que cependant ils doivent être appliqués pendant l'une ou l'autre période, mais aussi ne renferment-ils pas le mot « absent » et le législateur a-t-il eu recours à une périphrase qui désigne également le présumé absent et l'absent déclaré : « quiconque réclamera un droit échu à un individu dont l'existence ne sera pas reconnue... » (art. 135) « s'il s'ouvre une succession à laquelle soit appelé un individu dont l'existence n'est pas reconnue... » (art. 136).

2° Le législateur a voulu protéger la bonne foi du conjoint présent. Cette bonne foi existe-t-elle quand cet époux s'est hâté de contracter un nouvel engagement « sans attendre les renseignements que pou-

1. Duranton, t. I, n° 526.

vait lui fournir la procédure si lente et si minutieuse de la demande en déclaration d'absence »?

3° Très simple, théoriquement, la distinction entre la non-présence et la présomption d'absence peut donner lieu, en pratique, à d'assez sérieuses difficultés. Il est souvent, principalement dans les premiers temps qui suivent la disparition, fort délicat de déterminer le moment précis où cette présomption doit se former. Comment saura-t-on alors si le second mariage de l'époux présent demeure sous l'empire du droit commun ou s'il se trouve protégé par l'article 139 ? Au lieu de s'exposer à une erreur dont résulterait peut-être le maintien d'une union entachée de bigamie, n'est-il pas préférable de restreindre la disposition de l'article 139 à l'hypothèse d'absence déclarée ?

4° Enfin, de la théorie contraire il découle cette conséquence étrange, que la disposition exceptionnelle de l'article 139 s'appliquerait plus souvent que la règle générale, inscrite dans l'article 184, car il est vraisemblable qu'il arrivera rarement que le conjoint du disparu se remarie dans un délai très court.

Ajoutons que cette opinion a été consacrée judiciairement, en principe. En effet un arrêt de la Cour de Douai, en date du 16 mai 1837, a spécialement décidé, dans l'affaire Desailly « que des enfants dont la mère s'est remariée dans un cas où l'absence de leur père était simplement présumée et non déclarée

ont qualité pour demander après le décès de leur mère la nullité du second mariage » (1).

Cependant nous rejetons ce système et nous admettons, avec la majorité des auteurs, que l'article 139 est applicable quelle que soit la période dont il s'agisse, présomption ou déclaration d'absence. Les arguments qui ont été fournis à l'encontre de notre opinion nous semblent devoir être réfutés de la façon suivante :

1° Le mot « absent », lorsqu'il n'est accompagné d'aucune épithète, prend un sens général : il sert à désigner indifféremment l'absent présumé et le déclaré absent. En outre il n'est pas exact de prétendre que toute disposition placée au chapitre III (Des effets de l'absence) vise uniquement l'hypothèse d'absence déclarée, attendu, d'une part, que les règles édictées dans les articles 135, 136 et 138 concernent également l'une ou l'autre période, et que, d'autre part, s'il est vrai que l'expression « absent » ne figure pas à ces deux premiers textes, ce mot est écrit dans l'article 138.

2° L'objection tirée de la bonne foi ne porte pas, car un époux peut fort bien se remarier, de bonne foi, alors que l'absence de son conjoint n'est que présumée, de même qu'il peut se trouver de mauvaise foi bien qu'il y ait eu déclaration d'absence.

1. Dalloz, *Rép. alph.* V^o A. n^o 536. — S. 1837. 2. 488.

D'ailleurs, est-il certain que la disposition de l'article 139 ait été en partie inspirée au législateur par le désir de protéger l'époux présent à raison de sa bonne foi ? Les rédacteurs du code ne se sont-ils pas préoccupés exclusivement de l'incertitude sur l'existence du disparu ?

3° Rejetterons-nous notre système, parce que, dans certains cas, il pourra y avoir quelque difficulté à établir si le disparu doit être considéré comme présumé absent ou simplement comme non-présent ? Mais pareille difficulté ne doit-elle pas être tranchée par les tribunaux lorsqu'on invoque devant eux l'article 112 du Code civil ? De plus, ne vaut-il pas mieux protéger que dissoudre une union dont la nullité est incertaine ?

4° Le dernier argument qu'on nous oppose ne nous semble pas devoir être pris en sérieuse considération.

Enfin, à l'appui de notre théorie nous citerons un jugement du tribunal de Lyon du 10 avril 1829, confirmé par arrêt de la Cour de Lyon du 3 février 1830 et par arrêt de la Cour de cassation du 21 juin 1831, rapporté plus haut (1). Ajoutons que M. Moreau, conseiller rapporteur dans l'affaire qui donna lieu à ces décisions, déclara formellement que l'article 139

1. Voir p. 114. — Dalloz. 1830. 2. 145 ; Sirey. 1831. 1. 262.

ne faisait aucune distinction entre l'absence présumée et l'absence déclarée.

Pour en avoir terminé avec cette partie de notre étude, il nous reste à nous demander si le second mariage contracté par le conjoint de l'absent peut, dans le cas où la nullité en aurait été prononcée par application de l'article 139, valoir comme mariage putatif, c'est-à-dire produire ses effets comme s'il avait été valable jusqu'à la sentence du juge déclarant la nullité, d'après les règles et sauf les restrictions posées aux articles 201 et 202 du Code civil, ainsi conçus :

Art. 201. — Le mariage qui a été déclaré nul produit néanmoins les effets civils, tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants, lorsqu'il a été contracté de bonne foi.

Art. 202. — Si la bonne foi n'existe que de la part de l'un des deux époux, le mariage ne produit les effets civils qu'en faveur de cet époux et des enfants issus du mariage.

La réponse à cette question doit, sans aucun doute , être affirmative, mais le point délicat est celui de savoir comment doit être entendue la bonne foi, exigée des époux, en pareil cas, au moment même de la célébration.

Consistera-t-elle, comme on l'admet généralement lorsqu'il s'agit de mariage putatif, « à ignorer l'empêchement qui s'opposait à la formation du ma-

riage » (1), de telle sorte que le conjoint de l'absent, ne pouvant pas méconnaître l'état d'absence du premier époux, sera toujours de mauvaise foi et que par suite « les deux époux seront tous deux de mauvaise foi si tous deux ont su qu'il y avait absence du premier conjoint » ?

Nous croyons que l'intérêt bien compris des époux du second mariage et des enfants qui en sont issus, s'oppose à ce qu'une semblable définition soit acceptée. Aussi, à notre avis, devrait-on décider que, pour qu'il y eût bonne foi, il serait suffisant, mais nécessaire, qu'on eût cru le disparu véritablement décédé et en conséquence définir la mauvaise foi « le fait d'avoir su que, malgré la déclaration d'absence, le prétendu absent avait reparu ou donné de ses nouvelles ».

Nous irons même plus loin encore et nous dirons qu'il serait désirable que le second mariage régulièrement célébré fût, toujours et dans tous les cas, indépendamment de la bonne ou mauvaise foi des conjoints, regardé comme putatif en ce qui concerne les enfants, car nous considérons comme profondément injuste de faire supporter à ces derniers les conséquences des fautes imputables à leurs parents seuls.

Telles sont les importantes difficultés que fait naître

1. Planiol, t. III, p. 143, n° 435.

tre, en ce qui touche le point de vue particulier auquel nous nous sommes placé dans cette étude, le conjoint de l'absent quand, malgré la prohibition de la loi, il s'engage dans les liens d'une nouvelle union.

De cet exposé, il ressort que les rédacteurs du Code civil, s'ils ont prévu ces difficultés, ce qui est loin d'être démontré, ne les ont certainement résolues que d'une façon absolument incomplète et imparfaite ; le seul article qu'ils y ont consacré est tellement obscur dans son esprit, a donné lieu à tant de controverses, a conduit à des résultats si peu satisfaisants, qu'on ne peut que souhaiter qu'il disparaisse, dans le plus bref délai, non seulement de la place qu'il occupe et où il n'a que faire, mais aussi de l'arsenal de nos lois.

Mais comment le remplacer ? En quel sens orienter la réforme qui nous paraît indispensable dans notre législation sur ce point ?

C'est ce que nous tenterons d'établir, lorsque nous serons en possession des indications précieuses que va nous fournir l'étude des principales législations étrangères.

Deuxième Partie

LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES

CHAPITRE PREMIER

LÉGISLATION ALLEMANDE

Nous avons, au début de cette étude, esquissé les grandes lignes du système allemand, qui assimile la déclaration d'absence (disparition, dans la terminologie germanique) et la déclaration de décès : nous ne reviendrons pas sur ce point.

Nous nous bornerons, dans le présent chapitre, à rechercher quelles sont, en droit allemand, les conséquences de l'absence de l'un des époux, relativement au nouveau mariage de son conjoint et quel est le sort réservé à ce second engagement si le disparu, déclaré décédé, revient ou si son existence est nettement démontrée.

Mais avant d'aborder l'examen des textes qui régis-

sent notre matière, c'est-à-dire des articles 1348 à 1352, au titre IV (Du nouveau mariage en cas de déclaration de décès) du Code civil de 1896, il nous semble nécessaire, en raison de l'intérêt que présente pour nous l'étude de cette législation récente, de porter le regard un peu en arrière et de passer en revue les projets, amendements et discussions diverses qui ont précédé les décisions définitives ; en d'autres termes, nous croyons devoir retracer les phases successives de l'évolution du droit en ce qui concerne la question que nous envisageons.

Dans le premier projet de Code civil allemand, au titre de la dissolution du mariage par suite de déclaration de décès, se trouve un texte ainsi conçu :

Art. 1464. — Si, après la déclaration de décès d'un des époux, l'autre époux contracte un nouveau mariage, bien que l'époux déclaré décédé soit encore en vie lors de la conclusion de ce nouveau mariage, le mariage qui unit l'époux déclaré décédé à son conjoint est dissous par la conclusion du nouveau mariage.

Le premier mariage demeure dissous alors même que la déclaration de décès est supprimée à la suite d'une annulation, après la conclusion du nouveau et même si celui-ci est annulable et annulé.

Les dispositions du premier paragraphe ne sont pas applicables si l'époux qui contracte le nouveau mariage sait, lors de sa conclusion, que l'époux déclaré décédé est encore en

vie à cette époque, ou si le nouveau mariage est nul pour une autre raison.

L'article 1464 constitue sans aucun doute une dérogation aux règles du droit commun. En effet, l'application logique des principes généraux conduisait à dire que, dans le cas où la présomption établie par le jugement de déclaration de décès n'est pas justifiée, le second mariage contracté par le conjoint de l'absent était impitoyablement nul et demeurerait tel, même si, entre temps, la première union était dissoute par la mort de l'époux déclaré décédé. Une telle solution aurait été également en harmonie avec le droit canonique, le droit commun protestant, la législation du Wurtemberg et avec la loi bavaroise du 23 février 1879 (art. 118-121), bien que toutefois le droit commun protestant ait considéré le second mariage comme valable, si le disparu était mort avant que la nullité en eût été prononcée.

De l'Exposé des motifs (1) il ressort que les rédacteurs du premier projet rejetèrent ce système fort simple, parce qu'il ne tenait pas suffisamment compte des conditions de la vie et qu'il présentait de graves inconvénients pour les conjoints du nouveau mariage et les enfants qui en étaient issus,

1. *Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbüches*, t. IV, sur § 1464, p. 461 et suiv.

inconvenients qui, atténués dans une certaine mesure, n'étaient pourtant pas complètement écartés par les prescriptions du projet sur les mariages putatifs, notamment en ce qui concerne la situation légale des époux (1). Ils pensèrent que l'application intégrale des principes généraux, dans le cas où l'époux déclaré décédé serait encore en vie, rendrait en quelque sorte illusoire la faculté accordée au conjoint présent, car, non seulement celui-ci hésiterait à se remarier, mais il rencontrerait peut-être fort difficilement une personne, désireuse de s'engager dans les liens d'une union aussi fragile et aussi incertaine quant à sa validité.

Les auteurs de l'article 1464 refusèrent également d'admettre le système de l'article 139 du Code civil français, auquel ils reconnurent, cependant, cet avantage, de maintenir intact le second mariage, si le disparu venait à mourir avant d'avoir exercé son action en nullité. Ils lui ont reproché, en effet, d'accorder à l'absent, le droit de troubler la nouvelle famille et par suite de ne pas assurer aux époux la tranquillité dont ils ont besoin. Ils ont estimé, de plus, qu'il n'était pas sans danger de faire dépendre du caprice d'un tiers, le sort du second engagement.

La rigueur du principe admis par l'article 1464, à

1. V. Premier projet, art. 1258, 1562, 1566.

l'encontre du disparu, se justifie, d'après les rédacteurs du projet, par les considérations suivantes : d'une part, dans le cas de déclaration de décès, les conditions sont généralement telles que l'hypothèse du divorce pour abandon est fondée, quoique non prouvée. D'autre part, eu égard notamment à la facilité des communications, l'époux déclaré décédé a commis une faute lourde en ne donnant pas de ses nouvelles. Certes il peut y avoir des exceptions « mais la loi ne doit pas considérer les cas exceptionnels, elle doit se conformer à la règle générale de la vie. D'ailleurs, même si ces cas exceptionnels venaient à se produire, il serait plus mauvais de rompre un mariage qui dure depuis des années peut-être et qui procure une prospérité et un bonheur conjugal nouveau, que de rétablir un mariage, qui, en fait, est dissous depuis de longues années ». « Au reste, ajoute l'Exposé des motifs, n'est-on pas fondé à admettre que le conjoint de l'époux déclaré décédé qui, malgré l'incertitude de la mort de ce dernier, s'est décidé à contracter un nouveau mariage, n'est plus assez attaché à son premier époux pour qu'on puisse redouter pour lui-même un conflit moral au retour du disparu ». Enfin, le conjoint présent doit pouvoir se remarier facilement, être en état de s'engager dans de nouveaux liens, valablement, malgré l'incertitude sur la vie ou la mort de l'absent.

4 Telles sont les raisons qui ont conduit à dire que

le mariage existant entre l'époux déclaré décédé et son conjoint est dissous par la conclusion du nouveau mariage.

Remarquons que cette décision était généralement admise en tant que principe, c'est-à-dire avec des réserves plus ou moins étendues, par la plupart des législations particulières de l'Allemagne et notamment par le Code prussien (art. 666) ; l'ordonnance de Hambourg du 14 octobre 1819 (art. 14) ; l'ordonnance de Brême du 28 juin 1826, (art. 21-29) ; l'ordonnance de Lübeck du 16 février 1844 (art. 14-18) ; le Code de Hanovre du 23 mai 1848 (art. 16) ; le Code saxon (art. 1710). Ajoutons que certains autres codes, comme le Code badois (art. 232), atteignaient le même résultat pratique, en faisant de l'absence prolongée de l'un des époux une cause de divorce au profit de l'autre époux.

Mais quelles sont les exceptions apportées par les auteurs du premier projet, à la règle générale inscrite au paragraphe premier de l'article 1464 ?

Le troisième paragraphe de ce texte nous les fait connaître. Il décide, en premier lieu, que la disposition du paragraphe premier sera inapplicable, si le conjoint de l'époux déclaré décédé sait, lors de la conclusion du nouveau mariage, que le disparu vit encore à cette époque. Cette exception, admise d'ailleurs par l'ordonnance de Lübeck du 30 décembre 1829 (art. 16), est justifiée, dit l'exposé des motifs,

par le but que poursuit la prescription positive de l'article 1464 et qui est de donner au conjoint de l'absent la possibilité de contracter un second engagement valable, en se basant sur la déclaration de décès et malgré l'incertitude de la vie ou de la mort du disparu.

Mais la conséquence logique de cette manière de voir n'aurait-elle pas été d'étendre l'exception au cas où, avant de se remarier, l'époux présent aurait été de mauvaise foi, aurait eu connaissance de la survie de son conjoint ?

Une telle extension ne fut pas admise car elle fut jugée de nature à porter fréquemment préjudice à l'autre époux du nouveau mariage.

Ne devait-on pas décider que le second mariage retombait encore sous l'empire du droit commun, dans le cas de mauvaise foi de l'autre époux, de celui qui est actuellement marié avec le conjoint de l'absent, bien que ce dernier fût personnellement de bonne foi ?

Les rédacteurs du projet ne l'ont pas pensé ; ils furent d'avis, au contraire, qu'étant donné le but de l'article 1464 il n'y avait pas lieu de tenir compte de la bonne ou mauvaise foi de cet époux.

Enfin ne devait-on pas spécifier nettement dans le texte, à l'exemple de l'article 16 du Code du Hanovre du 23 mai 1848, que le second engagement ne

saurait être nul que dans le cas de mauvaise foi des deux nouveaux époux ?

Il ressort de l'Exposé des motifs que la mauvaise foi du conjoint de l'absent fut considérée comme suffisante pour faire obstacle à la dissolution du premier mariage ; de là cette conséquence que la nouvelle union serait nulle, même si l'autre époux était personnellement de bonne foi.

La deuxième et dernière exception inscrite à l'article 1464 est la suivante : la disposition du paragraphe premier ne s'applique pas si le mariage est nul pour une autre raison. Remarquons seulement que la nullité dont-il s'agit ici est une nullité absolue, frappant le mariage en vertu des articles 108 et 1252.

Mais les auteurs du projet ne se sont pas bornés à poser une règle et à en indiquer les exceptions, — ce qui, peut-être, eût été suffisant, — ils ont encore, par surcroît de précaution, afin de bien préciser leur pensée, pris soin de spécifier nettement dans l'article 1464 les exceptions qu'ils entendaient rejeter.

Aussi le deuxième paragraphe de ce texte décide-t-il, expressément, que le premier mariage demeure dissous alors même que la déclaration de décès est annulée après la conclusion du nouveau.

C'est là évidemment une disposition contraire aux principes généraux qui — attendu que, de droit commun, le jugement, qui, à la suite d'une action en

annulation, détruit une déclaration de décès, a effet à l'égard des tiers — conduisaient, la déclaration de décès étant annulée, à supprimer également, par voie de conséquence, les prescriptions relatives à la validité du nouveau mariage et à la dissolution de l'ancien.

Or c'est précisément ce résultat qui a paru inacceptable, étant donné, d'une part, que la procédure usitée en pareil cas n'offre pas les mêmes garanties que celle qui a pour objet l'annulation d'un mariage, étant donné, d'autre part que la persistance de l'une ou de l'autre union ne peut « dépendre de la volonté de quiconque a un intérêt juridique à faire tomber la déclaration de décès, et de l'issue d'un procès engagé entre des tiers, peut-être dans un but uniquement pécuniaire ».

Le paragraphe deuxième de l'article 1464 dispose encore : que la dissolution du premier mariage reste accomplie, même si le nouveau est non pas nul mais annulable, c'est-à-dire frappé de nullité relative et même s'il est annulé.

On ne voulut pas apporter dans une telle hypothèse, une exception à la règle du paragraphe premier, parce qu'il sembla inadmissible de faire dépendre de l'un des deux nouveaux conjoints, non seulement le sort de l'ancien et du second mariage, mais encore le sort d'un autre mariage, contracté peut-être par l'époux décédé, sur la foi en sa liberté.

C'est pour ce même motif que fut rejetée la thèse de l'article 1710 du Code saxon, d'après laquelle le conjoint de l'absent est autorisé, dans le cas de retour de celui-ci, à attaquer le nouvel engagement, pendant un court délai.

Cependant, ne résulte-t-il pas d'une telle éventualité, quand elle vient à se produire, de graves conflits moraux et religieux, qui ne devraient être résolus que par l'annulation du nouveau mariage et le rétablissement du second ?

Les rédacteurs du projet n'ont pas cru devoir s'arrêter à ces considérations, qui, bien que sérieuses « devaient, d'après eux, être regardées comme d'autant moins concluantes que l'époux présent, quand il se remarie, peut se représenter et se représente en effet la possibilité du retour du disparu et les conflits susceptibles d'en résulter pour lui. »

Ils repoussèrent également l'exception faite par l'article 14 de l'ordonnance de Hambourg du 14 octobre 1819, au paragraphe 1 de l'article 1464, en faveur du premier mariage, quand celui-ci a été fécond alors que le second est infécond, pour cette raison qu'on ne devait pas faire fléchir dans l'intérêt des enfants le principe consacré par ce texte et à cause de la difficulté qu'il y aurait, dans certains cas, de savoir si l'une des deux unions a été féconde ou inféconde.

Enfin, ils refusèrent d'admettre les décisions de

l'article 16 du Code de Hanovre, du 23 mai 1848 et les articles 14 et 18 de l'ordonnance d'Oldenbourg du 16 février 1844, — décisions d'après lesquelles, dans les mariages catholiques, la question de la nullité du second mariage est jugée conformément aux règles du droit canonique, — car « un code d'Etat, dit l'Exposé des motifs, ne peut tenir compte à ce point des différences de croyances ».

Il est vrai que ces dernières exceptions ne figurent pas au paragraphe 2 de l'article 1464; cependant elles n'en ont pas moins été formellement écartées.

Ajoutons qu'il ressort nettement de l'Exposé des motifs, que si le mariage est dissous par application de l'article 1464, les droits de succession réciproque entre les époux disparaissent, de même que les dispositions de dernière volonté, testament commun et contrat d'hérédité, par application des articles 1783 et suivants, 1948, 1949, 1962 et 1971 du premier projet.

Tel est le système du premier projet du Code civil allemand en ce qui concerne la question du mariage du conjoint de l'absent.

Comment cette même question fut-elle résolue par la commission de revision.

C'est ce que nous devons rechercher à présent.

Remarquons tout d'abord que la commission avait à prendre parti sur les points suivants :

Doit-on maintenir intégralement l'article 1464?

Doit-on, au contraire, comme le propose un amendement, supprimer ce texte ?

D'autre part, à supposer qu'aucune de ces deux solutions nettement opposées, ne soit admise, doit-on accepter le point de vue auquel se placent d'autres amendements, et par suite maintenir le principe inscrit au paragraphe premier de l'article 1464, en modifiant, toutefois, ses conséquences ?

Dans ce dernier cas, quels sont les modifications qui s'imposent ? (1)

Après une assez longue discussion, il fut décidé qu'on adopterait, en tant que principe, la règle de l'article 1464, mais qu'on lui ferait subir certaines retouches.

Mais quel est le point de vue auquel s'est placée la commission ? Quelles sont les considérations qui l'ont guidée ?

C'est ce qu'il importe de déterminer aussi exactement que possible.

Un premier point est certain, c'est que tout le monde fut d'accord pour reconnaître que la loi devait accorder au conjoint de l'époux déclaré décédé, le droit de se remarier.

Par contre il y eut doute sur la question de savoir

1. Voir pour le détail de ces questions et pour ce qui va suivre : *Protokolle der Kommission für die Zweite Lesung des Entwurfes des bürgerlichen Gesetzbuchs*, t. IV, pp. 452 et suiv.

ce qu'on devait décider pour le cas, où, après la conclusion du second mariage, il serait établi que le disparu fût encore en vie, car, à cet égard, les règles des différentes législations particulières de l'Allemagne étaient fort variables.

On reconnut que le système du premier projet — d'après lequel l'ancien mariage est dissous par la conclusion du second — offrait des avantages considérables. « Cette règle, est-il dit au Protokolle, est en harmonie avec une grande partie des lois actuelles ; elle solutionne de façon simple et claire tous les cas particuliers. Elle répond exactement à la volonté des parties et à toutes les conditions de la vie, en maintenant la validité du second mariage ; on ne doit pas désirer maintenir le premier par considération pour le disparu car, dans la plupart des cas, celui-ci est mort, en réalité, ou alors il s'est rendu coupable d'abandon. Le projet assure enfin la sécurité de la nouvelle union et c'est là un résultat dont on ne peut méconnaître la valeur. »

On fut d'avis, néanmoins, que l'article 1464 ne pouvait être maintenu de façon intégrale, qu'il était nécessaire d'apporter à ce texte certaines modifications, car son principe était en opposition, non seulement avec une partie des codes civils allemands alors en vigueur, mais aussi avec le droit canonique et le droit commun protestant.

Certains membres de la commission, s'appuyant

sur cette dernière idée, s'opposèrent vivement à l'adoption pure et simple de l'article 1464. Ils appelèrent l'attention sur la gravité des conflits moraux qui résulteraient du fait que l'Eglise, au cas de retour du disparu, pourrait regarder le premier mariage comme valable, tandis que, d'après le projet du gouvernement, le second seul devrait être considéré comme légal. « Ce sont là, ont-ils dit, des considérations dont on ne peut se dispenser de tenir compte. »

Devait-on alors supprimer purement et simplement l'article 1464 ?

Cela n'a point paru possible à la Commission, dont l'un des membres présenta l'observation suivante : « La déclaration de décès a pour elle la croyance publique, comme l'inscription au livre foncier. Chacun doit pouvoir se fier sans arrière-pensée à la déclaration de l'Etat suivant laquelle une personne est décédée : les actes juridiques basés sur une telle déclaration, et par conséquent un second mariage aussi, doivent être valables sans restriction. »

Cette opinion, qui, à la vérité, était celle des auteurs du projet relativement à la déclaration de décès, fut vivement combattue. La déclaration de décès, a-t-on dit en substance, fonde une simple présomption : qu'on attribue à cette présomption un sens plus large dans certains cas, comme par exemple, quand il s'agit de cessation de l'usufruit entre époux

ou de cessation de puissance paternelle ; rien de mieux. Mais l'article 1464 fait de la déclaration de décès, dans le cas où elle donne lieu à nouveau mariage, le point de départ d'un autre acte juridique. N'est-ce pas là une extension inadmissible ? N'aurait-il pas fallu à cet effet une disposition expresse ? Or, à défaut d'une telle disposition, ne faudrait-il pas admettre que la déclaration de décès permet de contracter un nouveau mariage, mais que si l'inexactitude de cette déclaration est prouvée, le second mariage devra, dans tous les cas, être considéré comme nul ?

Donc si l'on fut unanime à penser qu'il était nécessaire d'accorder au conjoint de l'époux déclaré décédé la faculté de se remarier, les opinions les plus diverses se manifestèrent au sujet du système qu'il convenait d'adopter pour l'hypothèse où la présomption de la loi ne serait pas justifiée, où le disparu serait encore en vie.

Trois théories principales se trouvaient en présence sur le point de savoir comment devait être tranchée, en principe, cette difficulté. Quelles sont-elles ? Quelle est donc celle qui fut admise ? Quels sont les motifs qui ont conduit à rejeter les deux autres ?

Deux de ces systèmes présentaient une grande analogie : ils tendaient au même but et ne différaient que sur les moyens employés pour y parvenir. Ils établissaient, en effet, comme règle générale, que le second mariage est valable, même si l'époux déclaré

décédé n'est pas mort en réalité, mais — correctif important — ils réservaient en ce cas aux deux nouveaux conjoints la faculté de provoquer la dissolution de l'union par eux contractée sur la foi en la déclaration de décès, dissolution qui était obtenue, dans l'une de ces opinions, à l'aide d'une action en nullité, et dans l'autre, à l'aide d'une action en divorce.

Quant au troisième système, il consistait en ceci : le second mariage doit être, en principe, considéré comme nul, toutefois il demeure valable, si, avant qu'il ait été statué sur la demande en nullité, l'union précédente est dissoute.

Cette dernière théorie, qui était en harmonie avec la plupart des dispositions du droit canonique et qui déduisait la conséquence logique des principes généraux posés aux articles 1250 et 1234 du premier projet, ne tarda pas à être écartée, pour les raisons suivantes : « La considération sur laquelle on s'appuie, ici, à savoir que le cas d'une déclaration de décès erronée est analogue à celui d'un acte de décès illégal, entraînant sans aucun doute la nullité du second mariage, ne saurait être regardée comme concluante ; car le jugement qui prononce la déclaration de décès, à la suite d'une procédure régulière, a une tout autre importance qu'un simple acte de décès ». De plus, ce système ne conduit-il pas à dissoudre la nouvelle union, malgré la volonté des conjoints ? N'est-ce pas là une conséquence inacceptable ? D'ailleurs est-il

vrai de dire que la considération du retour possible du disparu offre peu d'intérêt, sous prétexte que de tels cas sont extrêmement rares ? Mais la seule éventualité d'une annulation du nouveau mariage, ne retiendra-t-elle pas un grand nombre de personnes de le conclure ? La loi, du moment qu'elle permet une seconde union, ne doit-elle pas la rendre aussi sûre que possible ?

Donc, d'une part, cette théorie va beaucoup trop loin. Mais, d'autre part, elle n'est point nécessaire car « l'intérêt religieux exige seulement que les nouveaux époux aient la faculté de rompre un mariage conclu dans une hypothèse erronée et de rétablir l'état antérieur ». Or ce but n'est-il pas atteint de façon satisfaisante, si l'on accorde, en telle occurrence, une action en dissolution du second engagement ?

Les mêmes raisons qui ont conduit à rejeter le troisième système, ont servi également à justifier l'adoption, en principe, des deux premiers.

Mais, en ce qui regarde ceux-ci, quel parti prendre ? En d'autres termes, à supposer l'absent de retour, sous quelle forme devait-on réserver aux nouveaux époux le droit de se dégager des liens du mariage ? Devait-on leur donner une action en nullité ou une action en divorce ?

On fut d'avis qu'il était préférable d'admettre une action en annulation, en pareil cas, car, la nullité étant prononcée, la dissolution de la première union

est censée non avenue et celle-ci se trouve être maintenue sans interruption, tandis que, après le divorce, les anciens époux doivent, à moins d'une disposition spéciale à cet égard, procéder à une nouvelle célébration.

On décida, en outre, de subordonner l'action en nullité, à la bonne foi des conjoints, de telle sorte qu'on excluait celui des époux qui, au moment du mariage, aurait su que le disparu était encore en vie.

Voilà le système qui fut définitivement adopté relativement au point particulier que nous venons d'examiner.

Mais à la nouvelle règle inscrite dans l'article 1464, il convenait d'apporter différents tempéraments de nature à atténuer ce qu'elle pourrait avoir, parfois, de trop rigoureux. Aussi divers amendements furent-ils déposés en ce sens : voyons le sort qui leur fut réservé.

La commission, saisie d'une proposition, tendant à supprimer comme inutiles, le dernier alinéa du paragraphe 2 et le dernier alinéa du paragraphe 3 de l'article 1464, considéra comme plus juste de maintenir ces décisions et en refusa la radiation.

Par contre, elle accepta un amendement d'après lequel l'annulation était exclue quand le nouveau mariage se trouvait dissous par la mort de l'un des conjoints.

Enfin la disposition du premier projet, déclarant

qu'il ne saurait être question de dissolution du premier mariage par le second, si l'époux savait, lors de la conclusion de ce dernier, que le disparu était encore en vie, fut modifiée en ce sens qu'elle ne s'appliquerait désormais qu'au cas de mauvaise foi des deux conjoints. « La pensée, est-il dit au Protokolle, qui a donné lieu à cette modification, est certainement que, si les époux savent que le disparu a survécu à la déclaration de décès, celle-ci ne peut être d'aucune valeur. »

Telles sont les retouches — en vérité, très importantes — qu'a fait subir à l'article 1464, la commission de revision du projet de Code civil allemand. Tel est le point de vue auquel elle s'est placée ; telles sont les principales considérations qui ont dicté ses différentes décisions.

Abordons maintenant l'étude des textes définitifs régissant notre matière, c'est-à-dire des articles 1348 à 1352 du nouveau Code civil de 1896, ainsi conçus :

Art. 1348. — Si un époux contracte un nouveau mariage après déclaration de décès de son conjoint, ce mariage n'est pas nul par cela que le conjoint déclaré décédé vit encore, à moins que, lors de la conclusion du mariage, les deux époux ne sachent qu'il a survécu à la déclaration de décès.

Le précédent mariage est dissous par la conclusion du nouveau. Il demeure dissous alors même que la déclaration du décès est supprimée à la suite d'une annulation.

Art. 1349. — Si le jugement par lequel un des époux a été déclaré décédé est attaqué par la voie de l'action en annulation, l'autre époux n'est pas autorisé à contracter un nouveau mariage avant la terminaison du procès, à moins que la terminaison par voie d'annulation n'ait eu lieu que dix ans après le prononcé du jugement.

Art. 1350. — Si l'époux déclaré décédé est encore en vie, chacun des nouveaux conjoints peut, à moins qu'il n'eût connaissance de cette existence lors de la conclusion du nouveau mariage, attaquer celui-ci par voie d'annulation. La mise en œuvre de l'annulation ne peut avoir lieu que dans les six mois, à partir du moment où l'époux qui attaque par voie d'annulation apprend que l'époux déclaré décédé est encore vivant.

L'annulation est exclue lorsque le conjoint ayant droit à la mettre en œuvre confirme le mariage, après avoir obtenu connaissance de l'existence de l'époux déclaré décédé ou lorsque le nouveau mariage a été dissous par la mort d'un des conjoints.

Art. 1351. — Quand le mariage est attaqué par voie d'annulation, suivant l'article 1350, par l'époux du premier mariage, celui-ci doit fournir l'entretien de l'autre conjoint, selon les dispositions des articles 1578 à 1582 établis en matière de divorce, si ce conjoint ne savait pas, lors de la conclusion du mariage, que l'époux déclaré décédé a survécu à la déclaration de décès.

Art. 1352. — Quand le précédent mariage est dissous suivant l'article 1348 alinéa 2, l'obligation de la femme de four-

nir une contribution au mari pour subvenir à l'entretien d'un enfant commun se détermine d'après les dispositions de l'article 1585, établies en matière de divorce (1)(2).

Etant donné le but que nous poursuivons, ces diverses dispositions sont pour nous d'importance très inégale ; en effet, tandis que les articles 1348, 1349 et 1350, touchent au fond même de notre question, les articles 1351 et 1352 ne contiennent, en revanche, que des prescriptions de détail n'offrant qu'un intérêt fort secondaire. Aussi écarterons-nous ceux-ci pour ne retenir que ceux-là, qui, d'ailleurs, reproduisent à peu près exactement les décisions de la seconde commission de rédaction.

Constatons, tout d'abord, que si, en droit allemand, l'absence en soi n'est ni une cause de dissolution de plein droit du mariage, ni une cause possible de

1. Code civil allemand, trad. et ann., t. III. Pour les détails sur cette matière, voir cet ouvrage et voir Plank, *Bürgerliches Gesetzbuch*, pp. 72 à 79.

2. Remarquons que les règles relatives au nouveau mariage en cas de déclaration de décès viennent dans le code de 1896, « à la suite des dispositions réglant les conditions du mariage et précisant la sanction des empêchements qui en résultent (tit. II et III), et comme complément nécessaire de la prohibition de la bigamie », alors que, dans les projets 1 et 2, qui considéraient comme point capital en cette matière le fait que l'ancien mariage est dissous par la conclusion du nouveau, elles figuraient parmi les prescriptions concernant la dissolution du mariage.

divorce, à moins que la disparition n'ait été entourée de circonstances propres à révéler un abandon malicieux tombant sur le coup de l'article 1567, la déclaration de décès à laquelle elle donne lieu dans les conditions que nous avons indiquées au commencement de ce travail, a pour effet, en vertu de la présomption de mort qui s'y rattache, de permettre au conjoint présent, considéré comme veuf, de se remarier.

Toutefois cette conséquence ne saurait se produire lorsque la déclaration de décès est menacée de disparaître et quand, par suite, la présomption qui en résulte se trouve fortement ébranlée. C'est ce qui ressort de l'article 1349 qui édicte, en une telle hypothèse, un empêchement prohibitif au mariage, empêchement qui existe « par cela seul qu'une action en annulation a été intentée contre la déclaration de décès : peu importe par qui ou pour quel motif (1). » Ajoutons que ce texte décide encore que l'empêchement dont il s'agit tombe dans deux cas : d'une part, quand la terminaison du procès a lieu par jugement passé en force de chose jugée ou par désistement (2) ; d'autre part, quand la demande en

1. Il n'en serait pas de même si l'action avait seulement pour objet d'assigner une autre date à la mort du disparu, car en ce cas elle ne porterait pas sur la déclaration de décès elle-même.

2. Il est certain que le conjoint présent pourrait, s'il n'était

annulation ne se produit que dix ans après le prononcé du jugement déclaratif de décès, c'est-à-dire quand cette demande est irrecevable (1).

Mais du moment que, sauf la réserve formulée à l'article 1349, on autorisait l'époux présent à conclure un second mariage, il fallait, pour rendre pratiquement efficace la faculté qu'on lui accordait, le garantir ainsi que son nouveau conjoint contre les effets de la réapparition de l'absent. Il importait donc de prévoir l'hypothèse où la déclaration de décès serait erronée, où la présomption de la loi ne serait pas justifiée, pour écarter, en pareil cas, l'application du droit commun qui aurait conduit à dire que le second engagement était radicalement nul, et décider que celui-ci demeurerait valable malgré la survie du disparu.

Lors de la rédaction et de la revision du premier projet, on avait pleinement atteint ce but en admettant, en thèse générale, que le « précédent mariage est dissous par la conclusion du nouveau » et en ajoutant à cette règle ce corollaire indispensable : « l'ancien mariage demeure dissous, alors même que la déclaration de décès est supprimée à la suite d'une annulation. »

pas partie nécessaire à l'instance, se joindre au procès par voie d'intervention, de façon à influencer sur sa marche.

1. Article 958, al. 3, C. pr. all.

Le Code civil, en 1896, ne fait que consacrer ce grand principe qu'il reproduit intégralement dans son article 1348 (2^e alinéa).

Nous avons, dans le cours de ce chapitre, fait ressortir toute l'importance d'une telle disposition ; nous avons indiqué les diverses raisons qui militent en sa faveur ; nous ne reviendrons donc pas sur ce point. Nous nous bornerons à rappeler que la conclusion du mariage, entraînant dissolution de l'ancien, fait disparaître également, par voie de conséquence, l'empêchement de l'article 1309 (bigamie) et la nullité qui en résulte (art. 1326), de même que les droits de succession réciproque entre les époux et les dispositions de dernière volonté, conformément aux articles 2077, 2268, 2279 (1), et permet en outre à l'absent de se remarier (2).

Mais au principe inscrit au deuxième alinéa de notre texte, l'alinéa premier apporte une exception notable en décidant que cette règle ne s'applique pas lorsque les époux sont de mauvaise foi (3). Remarquons que pour qu'il y ait mauvaise foi, d'après

1. Ce dernier résultat n'a lieu que s'il est plus tard démontré que l'époux déclaré décédé était effectivement vivant au moment du second mariage.

2. « Cependant un mariage conclu par le disparu avant le nouveau mariage de son conjoint ne se trouverait pas validé par cette circonstance. » (Plank).

3. Cette disposition diffère de celle du premier projet qui n'exigeait ici que la mauvaise foi du conjoint de l'absent.

l'article 1348, il n'est pas nécessaire que les nouveaux conjoints aient connaissance de l'existence du disparu, lors de la célébration de leur mariage ; il suffit qu'ils sachent que cet époux a survécu à la déclaration de décès.

Si donc l'hypothèse prévue à l'alinéa premier se réalise, le second engagement est nul et il reste tel même si l'absent meurt après que son conjoint s'est remarié. « Mais il en est autrement, dit Plank, si le disparu, encore vivant au moment de la déclaration de décès, était mort lors de la conclusion du nouveau mariage. Dans un tel cas, le fait que les époux savaient que l'absent avait survécu à la déclaration de décès est sans importance, car l'ancien mariage avait été dissous non par le nouveau, mais déjà par la mort du disparu. »

En outre, de l'article 1348, il résulte implicitement qu'une autre exception est admise pour le cas où le nouvel engagement est lui-même nul, « pour autre cause bien entendu que pour bigamie, puisqu'il n'y a plus bigamie, là où le premier mariage est dissous » (1), ou seulement annulable, c'est-à-dire frappé de nullité relative (2).

1. Saleilles. *Du second mariage contracté par le conjoint d'un époux déclaré absent* : « Bulletin de la Société d'études législatives », 1907.

2. Le premier projet n'admettait une exception de cette nature que dans le cas de nullité absolue du second mariage.

Cependant même ainsi limitée, la règle de l'article 1348 n'était-elle pas beaucoup trop absolue, beaucoup trop rigoureuse ? N'était-elle pas susceptible de froisser les sentiments religieux des nouveaux conjoints, de provoquer en eux de graves conflits de conscience, dans le cas où l'existence du disparu leur serait révélée postérieurement à leur mariage ? Les rédacteurs du premier projet, nous l'avons vu, n'avaient pas cru devoir s'arrêter à de telles considérations ; la seconde commission en avait, par contre, largement tenu compte et avait atténué le principe de la dissolution de plein droit en faveur des nouveaux époux, en permettant à ceux-ci, mais non à l'absent de retour, de demander, dans l'hypothèse visée ci-dessus, l'annulation de leur mariage, de façon à maintenir le premier. C'est cette dernière solution qui triompha en 1396 et qui fut inscrite à l'article 1350.

Dans quelles conditions cette disposition s'appliquera-t-elle ? Quelles sont les exceptions qui y ont été apportées ? Quels sont ses effets ? C'est ce qu'il nous reste à déterminer.

Tout d'abord, il ressort sinon du texte lui-même, du moins de la pensée qui l'a inspirée, que les époux ne peuvent se prévaloir de la faculté qui leur est accordée que si l'absent est vivant non seulement lors de la conclusion de leur mariage, mais au moment

même de la demande en annulation (1) (2) (3).

Il est, de plus, nettement spécifié dans l'article 1350 que le bénéfice dont il s'agit est refusé à celui des nouveaux conjoints qui, en se mariant, connaissait l'existence du disparu (4). La mauvaise foi est donc, en pareil cas, entendue dans un sens plus étroit qu'à l'article 1348 (alinéa 1^{er}, *in fine*). « Il ne saurait s'agir ici de ce fait que l'époux savait que l'absent a survécu à la déclaration de décès ; il est bien plutôt dans l'esprit de la prescription de n'exclure la demande en annulation que si cet époux a eu connaissance de la survie, au moment de la conclusion du nouveau mariage » (Plank).

Enfin le deuxième alinéa de notre texte décide que « l'annulation est exclue, lorsque le conjoint ayant droit à la mettre en œuvre confirme le mariage, après avoir obtenu connaissance de l'existence de l'époux

1. Il est clair que la faveur de la loi perd sa raison d'être, si le disparu bien qu'encore vivant lors du second mariage, est décédé avant que la demande en annulation ait été intentée, car il ne saurait y avoir, en ce cas, de conflit de conscience.

2. Il n'est pas nécessaire que l'ancien époux soit de retour, il suffit que son existence soit certaine au moment indiqué (Code civil allemand, t. et ann. sous l'art. 1350).

3. C'est à l'époux demandeur en annulation, qu'il incombe d'en faire la preuve. (?)

4. « La fin de non-recevoir résultant de cette connaissance est personnelle à chaque nouveau conjoint et doit être justifiée par celui qui conteste la demande en annulation. »

déclaré décédé, ou lorsque le mariage a été dissous par la mort d'un des conjoints ».

Cette disposition ne nous paraît nécessiter que les observations suivantes : le premier sous-alinéa adapte à notre hypothèse la règle de l'article 1337, dont l'alinéa 3 s'appliquerait littéralement, et la notion de confirmation est ici la même que dans l'article 1337. En second lieu, de notre alinéa *in fine* il découle que si ce n'est pas le conjoint de l'absent mais l'autre époux du second mariage qui vient à mourir, le disparu et son ancien conjoint doivent, s'ils veulent se réunir, recourir à une nouvelle célébration⁽¹⁾. « Il en est de même, dit Plank, si le second engagement est rompu par le divorce. »

Donc en dehors de ces deux cas, chacun des nouveaux époux a la faculté, s'il se trouve dans les conditions que nous venons l'indiquer, de faire annuler son mariage. Mais l'action en annulation, d'ailleurs soumise au droit commun des annulabilités, sauf les dérogations résultant de sa nature propre ou des dispositions mêmes de l'article 1350, ne peut être intentée que pendant un délai de six mois à partir du moment où le demandeur a appris que l'époux déclaré décédé est encore vivant.

1. « Il est certain que le nouveau mariage de l'époux déclaré décédé, ou son décès postérieur à la demande d'annulation ne sauraient arrêter celle-ci. » (C. civ. tr. et ann.)

La nullité du nouveau mariage étant prononcée, la dissolution de l'ancien est censée non avenue, celui-ci est rétabli de plein droit et sans qu'il soit besoin de recourir à aucune formalité. Cette conséquence se produirait encore, alors même que, postérieurement au second convol de son conjoint, l'absent se serait lui-même engagé dans d'autres liens, mais à la condition, cependant, que la nullité de ce dernier engagement ait été déclarée.

Voilà quelles sont les règles diverses qui se trouvent formellement énoncées ou implicitement contenues dans les articles du Code civil allemand, relatifs à notre matière.

Si, maintenant, nous considérons toutes ces dispositions dans leur ensemble, nous constatons qu'elles forment un système très complet et qui, bien que légèrement obscur et compliqué à première vue, apparaît comme très clair et très simple, après un examen un peu approfondi. Ce système est dominé par deux idées principales — l'une atténuant l'autre — qui le caractérisent, qui en constituent l'originalité et qui peuvent être ainsi formulées : le mariage qui unit le disparu et son conjoint est dissous, non par la déclaration de décès, mais par la conclusion du second mariage de l'époux présent ; les époux qui ont contracté un nouvel engagement, sur la foi en la déclaration de décès, ont, si celle-ci est erronée, la

faculté de provoquer la rupture de leur union, au moyen d'une action en nullité.

De cette étude de droit allemand il se dégage que le législateur de 1896, qui a consacré à notre question — dont l'importance, on le voit, ne lui a pas échappé — un titre spécial du Code civil, s'est attaché à la réglementer en ses moindres détails et d'une façon tout à fait digne d'attirer et de retenir l'attention des jurisconsultes et du législateur français.

CHAPITRE II

LÉGISLATION SUISSE

L'absence, il y a peu de mois encore, ne ressortissait point, en Suisse, au droit fédéral ; aussi les règles relatives à notre matière étaient-elles loin d'être semblables dans les différents cantons : tandis que le système de l'article 139 du Code civil français était admis en principe, c'est-à-dire avec des modifications plus ou moins importantes, par les législations de Genève, de Neuchâtel, du Valais, de Vaud, du Tessin et de Fribourg, les législations de Berne, de Lucerne, des Grisons, d'Argovie, de Soleure, de Glaris, de Bâle-campagne, d'Unterwald et de Zürich faisaient de l'absence une cause possible de divorce, alors qu'à Bâle-ville elle était considérée comme dissolvant de plein droit le mariage.

Mais le Code civil du 10 décembre 1907, depuis longtemps à l'étude, vint apporter l'unité dans cette diversité.

Que décide-t-il en ce qui touche le mariage du conjoint de l'absent ?

Cette question fait l'objet d'une seule disposition qui est inscrite sous cette rubrique : « De la capacité requise pour contracter mariage et des empêchements » et est ainsi conçue :

Art. 102. — Le conjoint d'un individu déclaré absent ne pourra contracter un nouveau mariage avant la dissolution du précédent par le juge. La dissolution peut être prononcée en même temps que la déclaration ou séparément. La procédure en matière de divorce est applicable (1).

Il résulte tout d'abord de ce texte que la loi suisse qui, à l'exemple de la loi française, fait de l'absence une simple présomption et non une déclaration de décès, interdit, en principe, au conjoint de l'absent de se remarier. Mais à cette règle, elle apporte immédiatement un correctif important : elle décide, en effet, que l'absence déclarée constitue, non pas une cause de dissolution de plein droit, mais une cause possible de divorce, à la demande de l'époux présent.

L'adoption de cette dernière solution est justifiée,

1. Chap. II (1^{re} partie, liv. II, tit. III). L'article 102 est la reproduction exacte de l'article 121 de l'avant-projet et de l'article 110 du projet.

dans l'Exposé des motifs du projet de Code civil (1), de la façon suivante : « Nous ne proposerions pas sans scrupule un texte d'après lequel le mariage serait dissous de plein droit par la déclaration d'absence, ainsi que le fait la législation de Bâle-ville. Il peut fort bien arriver que les héritiers demandent la déclaration d'absence, tandis que le conjoint préférera demeurer dans les liens du mariage, retenu qu'il y sera par l'espoir d'un retour et par un sentiment de fidélité ; or l'on ne doit pas exercer de contrainte légale envers lui. A la vérité, si d'autres ayants droit poursuivent la déclaration d'absence, la succession s'ouvre aussi pour le conjoint, mais seulement quant à ses effets pécuniaires, et le mariage subsiste tant que l'époux de l'absent n'en a pas requis la dissolution. »

Les rédacteurs du Code ont donc voulu que le conjoint présent fût seul juge du point de savoir si le mariage devait être maintenu ou rompu.

A quel moment cet époux sera-t-il admis à faire usage du droit dont il est armé ? Il pourra, sans nul doute, demander à être délié de son engagement, d'une part, après la déclaration d'absence et d'autre part, même avant que cette dernière ait été prononcée, si les conditions requises pour qu'il y soit procédé se trouvent réunies, étant entendu que, dans

1. P. 116.

ce dernier cas, le divorce et la déclaration d'absence devront être concomitants.

Mais quel est le caractère de la dissolution dont il est parlé à l'article 102 ?

Cette dissolution doit-elle être regardée comme une simple présomption en vertu de laquelle le conjoint de l'absent est autorisé à passer à un second mariage, de telle sorte que s'il ne s'est pas remarié et que la présomption tombe, la première union soit censée n'avoir pas cessé d'exister ? En d'autres termes, doit-elle, par analogie avec le système allemand, être interprétée en ce sens qu'elle ne saurait être rendue définitive que par la conclusion du nouveau mariage ? Doit-on, au contraire, dire que la décision du juge a pour effet de rompre immédiatement et irrévocablement le lien conjugal, c'est-à-dire même pour le cas où l'absent reparaitrait ou donnerait de ses nouvelles, et décider en conséquence que le disparu de retour devra nécessairement, pour renouer le mariage avec son conjoint, si toutefois celui-ci est demeuré libre, procéder à une nouvelle célébration ?

Cette seconde alternative est considérée par les rédacteurs de la loi comme la plus rationnelle pratiquement. « Si, par exemple, dit l'Exposé des motifs, la présomption était contredite, non par le retour de l'absent mais par le fait que l'époque de son décès est désormais connue, il serait injuste d'admettre

que le mariage a existé depuis sa dissolution jusqu'au jour de la mort. Il est donc plus simple de rendre la dissolution de l'article 102 définitive (1). »

Quant à la situation du disparu, elle ne saurait, d'après eux, entrer en ligne de compte, car « il faut admettre que, durant la longue période où il est resté absent, sans donner de ses nouvelles, il a dû prévoir la possibilité de la dissolution du mariage par le divorce » (2).

Tel est, en ce qui touche notre matière, le système du Code civil du 10 décembre 1907.

Mais le législateur suisse ne devait-il pas prévoir le cas où, par erreur, un second mariage a été célébré, sans qu'il y ait eu dissolution du premier et où ensuite l'absent reparait ?

Ne devait-il pas « admettre, dans ce cas, le premier époux étant reconnu vivant, que le second puisse demander le divorce, en s'appuyant sur le fait de l'état d'absence au jour où il a été procédé au second mariage » ?

« De la part du premier époux qui reparait, ne devait-il pas admettre une action en nullité du second mariage, ou lui donner, à lui également, une action en dissolution du premier mariage ; et ne devait-il pas lui donner l'une ou l'autre action à son choix, la

1. Exposé des motifs, p. 115.

2. Exposé des motifs, p. 116.

première n'étant supposée possible que si l'autre époux n'est pas lui-même dans les conditions pour demander le divorce, conformément à la question qui précède, par exemple, parce qu'il n'aurait pas été de bonne foi au moment du second mariage, ayant eu connaissance à ce moment de l'existence de son premier époux (1) ? »

Les rédacteurs du Code ne l'ont point pensé. « Nous eussions, ont-ils dit, déterminé plus explicitement les effets de l'article 121 (2) si des complications surgissaient plus fréquemment. Mais les cas de ce genre sont si rares qu'on peut fort bien se contenter des dispositions de la loi actuelle, qui permet le divorce, soit la dissolution du lien conjugal (3). »

1. Saleilles, *op. cit.*

2. Article 102 du C. C.

3. Exposé des motifs, p. 117.

CHAPITRE III

SECTION I

Législations inspirées du système français

Nous citerons en premier lieu les législations belges, monégasques, polonaises et portugaises qui ont adopté intégralement le système de notre article 139.

Le Code civil italien, de 1886, contient un seul texte relatif à notre matière, c'est l'article 113, alinéa 2 ainsi conçu : « Le mariage contracté par le conjoint d'un absent ne peut être attaqué tant que dure l'absence ». Remarquons que cette disposition se borne à formuler expressément un principe qui, bien que n'étant nulle part consacré dans le Code civil français, ne s'en trouve pas moins contenu, nous l'avons vu, dans notre législation.

D'après la loi anglaise, l'absence fait obstacle à la conclusion d'un second mariage : si, malgré la prohibition de la loi, un nouvel engagement est contracté, il est nul si le disparu revient. Toutefois, est fixé un délai de sept années emportant présomption de bonne foi au profit de l'époux présent qui s'est rema-

rié, et faisant échapper ce dernier aux peines de la bigamie (1).

SECTION II

Législations admettant le système de la déclaration de décès

Nous signalerons en tête de ce chapitre, mais pour mémoire seulement, la législation allemande.

La législation de l'Autriche, pays catholique, doit être examinée d'un peu près.

Le Code civil autrichien du 11 juin 1821 (2) réglemente notre matière dans les articles suivants :

Art. 24. — La mort sera présumée dans les circonstances suivantes :

« 1^o Lorsqu'il se sera écoulé quatre-vingts ans depuis la naissance de l'absent et que le lieu de sa résidence sera inconnu depuis dix ans.

« 3^o Lorsqu'une personne aura été blessée grièvement à la guerre ou qu'elle sera trouvée sur un navire au moment d'un naufrage ou dans un danger analogue de perdre la vie, et

1. Glasson : *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre* ; VI, p. 245.

2. V. Collection des lois civiles et criminelles des Etats modernes par Victor Foucher.

que depuis cette époque elle ait disparu pendant trois ans (1) ».

« 2° Sans égard au temps écoulé depuis la naissance, lorsqu'on en n'aura pas de nouvelles pendant trente ans ».

Art. 112. — La simple expiration des délais fixés en l'article 24 pour la déclaration de mort, et pendant lesquels un époux se sera trouvé absent, ne donne pas encore, à la vérité, à l'autre conjoint le droit de considérer le mariage comme dissous et de convoler à de secondes noces, mais, si l'absence est accompagnée de circonstances telles qu'elles ne laissent aucun motif de douter que l'absent ne soit décédé, on pourra requérir du tribunal de district dans lequel le conjoint abandonné a son domicile, la déclaration judiciaire que l'absent doit être considéré comme mort et que le mariage est dissous.

Art. 113. — Sur cette demande, il est nommé un curateur pour la recherche de l'absent et l'absent sera cité par un édit fixant le terme à un an, et qui doit être inséré à trois reprises dans les gazettes ; le tribunal, si l'absent ne se représente pas ou s'il ne lui fournit pas autrement la preuve de son existence, passera outre à la déclaration de mort.

Art. 114. — Si ce délai expire sans résultat, le procureur fiscal ou toute autre personne probe et expérimentée devra, sur une nouvelle demande du conjoint présent, être délégué pour la défense du lien conjugal, et, après une instruction,

1. Voir pour la procédure l'article 277 du même Code.

il sera décidé si la demande doit ou non être acceptée. L'autorisation ne devra pas être notifiée immédiatement à la partie, mais être soumise au tribunal supérieur pour être l'objet d'une décision définitive.

Ces textes seraient peut-être encore en vigueur si un événement qui eut un grand retentissement n'avait fourni l'occasion de les modifier. En effet, le 8 décembre 1881, un immense incendie dévasta le Ring-Theater de Vienne. Nombreuses furent les personnes qui trouvèrent la mort dans ce sinistre, nombreuses aussi celles qui ne purent être retrouvées ou reconnues. Les Chambres émues, à juste titre, des graves difficultés créées par une semblable situation, sollicitèrent le gouvernement de proposer une loi spéciale pour y mettre fin. Celui-ci préféra faire voter une loi apportant des modifications définitives à la législation existante, loi qui fut promulguée le 16 février 1883 (1) et dont nous détachons les passages suivants :

Art. 5. — S'il s'agit d'obtenir la déclaration de décès d'une personne qui s'est trouvée exposée à un danger de mort imminent, la demande en déclaration de décès peut être formée immédiatement après l'événement qui a mis en danger la vie de l'absent. En aucun cas, le jugement prononçant

1. Voir traduction et analyse de cette loi par M. Bufnoir. *Annuaire étranger*, 1883, p. 234 et suiv.

la déclaration de décès ne peut intervenir avant l'expiration du délai fixé par l'article 24 du Code civil (c'est-à-dire trois ans)

Art. 9. — Si l'absent a laissé un conjoint présent, celui-ci est admis, lorsqu'il se trouve dans les conditions exigées par le Code civil, à demander qu'à la déclaration de décès soit jointe la déclaration que le mariage doit être considéré comme dissous. En ce cas le tribunal constitue en même temps que l'accusateur, un défenseur du lien conjugal (*defensor matrimonii*, *Vertheidiger des Ehebandes* (1).

Le jugement qui prononce la déclaration de décès statue également sur la demande tendant à faire déclarer que le mariage doit être considéré comme dissous.

La demande du conjoint présent pour faire déclarer que le mariage doit être considéré comme dissous, peut aussi être formée postérieurement à la déclaration de décès. Il est procédé sur sa demande conformément aux dispositions de la présente loi et le tribunal, dans son jugement, se borne à déclarer s'il y a lieu que le mariage doit être considéré comme dissous.

Dans l'un et l'autre cas, le défenseur du lien conjugal doit former appel contre la décision qui prononce en première instance que le mariage doit être considéré comme dissous.

1. Cette institution s'explique par l'absence, en Autriche, du ministère public, près des juridictions civiles. Voir l'étude de M. Ch. Lyon-Caen sur le divorce en Autriche (Hof, décret du 23 août 1829, art. 17) au *Bulletin de la Société de législation comparée*, XI, pp. 64 et 83.

Il en est de même à l'égard de la décision qui aurait été ainsi prononcée en deuxième instance, sur appel d'un jugement contraire en premier ressort (1) (2).

Comme on le voit, le législateur autrichien n'a pas prévu l'hypothèse du retour du disparu et n'a pas statué sur le sort du second mariage contracté par son conjoint. En l'absence de toute prescription positive sur ce point, que décider ?

D'après Rittner et Schiffner (3), l'époux présent ne peut passer à une nouvelle union s'il n'établit préalablement la dissolution de l'ancienne. Mais si, malgré la prohibition de la loi, un second mariage a eu lieu, celui-ci est valable pourvu qu'il soit prouvé que le premier mariage n'existait plus lors de la célébration du nouveau.

En revanche, si le conjoint de l'absent s'est engagé dans d'autres liens sur la foi en une déclaration du décès erronée, le second mariage est considéré comme permis mais non comme valable ; en conséquence il doit être déclaré nul sauf à recon-

1. Deux décisions conformes de deux juridictions de degré différent sont donc indispensables en pareil cas.

2. En Autriche, l'autorité ecclésiastique est directement compétente pour accorder, au conjoint d'un époux déclaré décédé, l'autorisation de se remarier.

3. *Systematisches Lehrbuch des österer civil Recht.*, Vienne, 1872, I, p. 122.

naître aux enfants qui en sont issus la qualité d'enfants légitimes.

En Espagne, l'absence, dit M. Lehr (1), n'est pas traitée *ex professo* dans les ouvrages de jurisprudence et l'arsenal même des lois anciennes ou modernes ne contient qu'une ou deux dispositions qui y soient relatives.

L'article 191 du Code de 1889, qui a adopté le système de la déclaration du décès, est ainsi conçu : « Trente ans après que l'absent aura disparu ou qu'on aura reçu ses dernières nouvelles ou quatre-vingt-dix ans après sa naissance, le juge, sur la demande des intéressés, déclarera la présomption de mort ».

Il résulte de ce texte que le droit espagnol n'offre pour nous qu'un intérêt à peu près nul. La question du second mariage du conjoint de l'époux déclaré décédé ne se pose pour ainsi dire point, car, à moins de supposer une union des plus disproportionnées, il paraît vraisemblable qu'au moment où il pourra faire usage du droit qui lui est accordé, l'époux présent sera peu désireux, eu égard à son âge, de s'engager dans les liens d'une nouvelle union.

1. *Le mariage, le divorce, la séparation de corps dans les principaux pays civilisés.*

SECTION III

Législations considérant l'absence comme une cause de divorce

Les principales législations qui font partie de ce groupe sont la Suisse (1), la Russie, la Serbie, le Danemark et la Suède.

En Russie, le mariage est dissous par une disparition de cinq ans sans nouvelles ; le délai est porté à dix ans s'il s'agit d'un militaire. La procédure usitée en cette matière est la suivante : une enquête est faite contradictoirement par l'autorité civile et par l'autorité ecclésiastique qui joue le rôle de *defensor matrimonii* ; l'arrêt du consistoire est soumis à la confirmation du saint-synode (2).

Le Code serbe permet le divorce après six ans d'absence. L'autorité ecclésiastique, saisie de la demande, fait sommation à l'absent de comparaître ; elle lui accorde à cet effet un délai d'un an. On réserve à l'absent la faculté de réclamer à son retour le rétablissement de son mariage ; s'il ne veut pas user de

1. V. p. 154.

2. Lehr. *Eléments de droit civil russe*, p. 156. Glasson. *Le mariage civil et le divorce*, p. 410.

ce droit, il est libre de contracter une nouvelle union. Mais ces règles ne s'appliquent que dans le cas où le disparu, lors de son départ, a pris soin d'en informer les autorités. En dehors de cette hypothèse, le délai dont il est parlé plus haut est réduit à trois ans ; l'absent n'est plus armé du droit de faire tomber le second mariage.

Le Code de Danemark accorde à la femme le droit de se remarier après un laps de temps de sept années. L'absent de retour peut reprendre sa femme s'il prouve que pendant son éloignement il a eu une conduite régulière.

Le Code suède considère l'absence ayant duré six ans comme une cause de divorce ; le disparu, s'il revient, peut faire revivre son union dissoute, mais à charge d'établir qu'il a été dans l'impossibilité de donner de ses nouvelles (1).

Signalons encore, dans cette catégorie, le Code civil néerlandais dont les articles 549 à 551, disposent qu'après dix ans d'absence, le conjoint présent peut obtenir une décision judiciaire prononçant la dissolution de son mariage à la condition qu'aient été remplies certaines formalités relatives à la publicité. Si l'absent revient avant que l'autre époux n'ait usé de l'autorisation de se remarier qui lui était accor-

1. Voir pour ces différentes législations : Glasson, *op. cit.*, p. 436 et 448.

dée, cette autorisation tombe. Par contre, si un second mariage a été contracté, ce dernier est maintenu et le disparu de retour a la faculté de s'engager dans de nouveaux liens.

CONCLUSION

Nous avons signalé, dans ce travail, les imperfections et les inconvénients multiples des dispositions de la loi française concernant les effets de l'absence sur le lien du mariage. Nous pensons avoir établi que le système consacré sur ce point par le législateur de 1804 — système reproduit du droit canonique et qui, fondé sur la perpétuité du mariage malgré l'absence et organisé en prévision du cas évidemment le plus rare, celui du retour du disparu, rend particulièrement pénible la condition du conjoint présent — ne correspond plus, à l'heure actuelle, aux besoins de la pratique, n'est plus en harmonie avec les mœurs, avec les conceptions modernes qui, encore que ce soit regrettable, tendent de plus en plus à rapprocher le mariage des autres contrats et à le rendre, comme ces derniers, résoluble pour inexécution des conditions. Nous avons conclu, en conséquence, à la nécessité d'une réforme législative à cet égard.

Mais quelle doit être, selon nous, la portée de

cette réforme ? En quel sens doit-elle être accomplie ? Quel est le système qui doit être admis ? Voilà les difficultés que nous allons tenter de résoudre, à présent, en nous plaçant au point de vue purement législatif.

Considérant comme très désirable une adaptation adéquate de la loi qui nous régit aux progrès de notre civilisation, nous estimons qu'il est absolument indispensable de refondre complètement les règles relatives à notre matière. En effet quand un édifice menace ruine et devient impropre à l'usage auquel il est destiné, suffit-il, par un simple travail de surface, d'en masquer les lézardes ? Ne convient-il pas, au contraire, de l'étayer solidement ? Ne vaut-il pas mieux encore, si cela est possible, faire table rase et le rebâtir à l'aide de nouveaux plans et, au besoin, sur des fondations nouvelles ? N'est-ce pas cette dernière solution qui doit être préférée, quand il s'agit de cette construction juridique remarquable pour son époque mais déjà vieille de plus d'un siècle qu'est notre Code civil ?

Cela posé en principe, abordons la question de savoir quelle est l'orientation vers laquelle est appelé à évoluer le droit spécial au sujet particulier que nous traitons.

Nous trouvons, à cet égard, des indications précises dans le droit étranger. En effet, de la comparaison des divers textes que nous avons étudiés il

ressort clairement que les principales législations étrangères — à l'exception, toutefois, de celles qui sont apparentées à la nôtre et qui, remontant à une date assez éloignée, ne sauraient d'ailleurs nous fournir d'éclaircissements vraiment importants — visent à un même but : permettre un nouveau mariage au conjoint de l'absent, mais y parviennent par deux voies différentes : le divorce et la déclaration de décès.

Quels enseignements peut-on tirer de là en vue de la réforme de notre Code ? Dans quelle mesure notre droit national doit-il être adapté à ce courant législatif universel dont nous venons de déterminer la tendance générale ?

Un premier point nous semble certain, c'est que la thèse consacrée par la loi française doit être rejetée sans conteste par le législateur futur et qu'il appartient à celui-ci, non plus de condamner l'époux présent à un veuvage perpétuel, mais d'accorder à cet époux la faculté de conclure un second engagement valable, malgré l'incertitude sur la vie ou la mort de son conjoint.

Un second point, en revanche, peut prêter à discussion, c'est celui de savoir comment, au moyen de quelles dispositions, doit être réalisée pratiquement la réforme que nous souhaitons. Deux systèmes sont ici en présence, l'un fondé sur le divorce, l'autre sur la déclaration de décès, tous deux consacrés

par les législations les plus récentes : quel est celui qu'il convient d'adopter ?

Pour nous, notre siège est fait : nous nous rallions au système allemand qui est, à nos yeux, supérieur à tous égards au système suisse. En effet, tandis que celui-ci est très incomplet et repose sur un principe que nous n'acceptons pas sans d'expresses réserves, celui-là, au contraire, n'a pas seulement un point de départ que nous jugeons excellent, il prévoit encore et solutionne par avance toutes les difficultés susceptibles de se présenter, il est, en définitive, beaucoup plus ingénieux, plus souple, plus nuancé.

Est-ce à dire que les règles des articles 1348 et suivants du Code de 1896, doivent être reproduites de façon intégrale dans notre droit privé ? Telle n'est pas notre pensée. Certes, nous estimons qu'il serait bon d'admettre le système allemand, en tant qu'il autorise le remariage du conjoint de l'époux déclaré décédé, « sans autre preuve ni condition, sans exiger la preuve du décès et sans exiger davantage que le divorce soit prononcé, soit pour abandon injurieux, soit même purement et simplement, pour absence déclarée » ; en tant qu'il garantit les nouveaux époux contre les effets de la réapparition de l'absent (1), en décidant, pour le cas où il serait

1. Il va de soi qu'il ne saurait s'agir de garantir ces époux contre la « même conséquence se produisant non plus en

prouvé que le disparu eût été encore en vie lors du second mariage, que le seul fait de la conclusion de celui-ci opère de plein droit, dissolution du premier ; en tant qu'il apporte à cette règle un correctif important et inspiré par des motifs de « haute convenance et de liberté de conscience qui s'imposent », en permettant aux nouveaux conjoints, mais à eux seuls, de demander, dans l'hypothèse du retour de l'absent, l'annulation de leur union, de manière à faire revivre l'ancienne, sans autre formalité.

Mais nous croyons aussi qu'il serait sinon essentiel, du moins fort utile de modifier ce système, en ce sens que l'on rendrait plus grande la sphère d'application de l'action en nullité dont nous venons de parler.

Aux termes de l'article 1350, cette action est, on le sait, subordonnée à la bonne foi des époux. Elle se trouve par suite, d'une part, refusée à celui des conjoints qui, en se mariant, aurait eu connaissance de l'existence du disparu, d'autre part, complètement écartée, si tous deux ont été de mauvaise foi. Eh bien ! nous serions d'avis que l'on donnât aux époux dans ce dernier cas, le droit de poursuivre l'annulation de leur mariage, afin qu'ils pussent mettre un

matière d'absence mais au cas de réapparition après rédaction d'un faux acte de décès. » Le droit commun s'appliquerait, ici, purement et simplement.

terme aux graves conflits moraux auxquels ils pourraient être en proie, et bien qu'ils s'y fussent volontairement exposés. La mauvaise foi, en pareille hypothèse, n'aurait donc d'influence que sur les effets du mariage putatif, « ceux tout au moins qui, d'après le système qui serait admis sur cette matière, dépendraient encore de la bonne foi des époux ». Toutefois, à supposer maintenues les règles des articles 201 et 202 du Code civil français, il serait de toute justice de spécifier nettement qu'il y serait fait exception en faveur des enfants ; car ceux-ci, issus d'une union permise par la loi elle-même, ne devraient jamais souffrir d'une annulation survenue dans la suite.

Dans le même ordre d'idées, notre texte prête encore le flanc à la critique : c'est quand il exclut toute possibilité d'intenter une action en nullité du second mariage, après décès de l'un des époux de ce mariage, et quand, par voie de conséquence, il oblige le conjoint de l'absent, si c'est lui qui survit, et s'il veut renouer les liens qui l'unissaient à ce dernier, à recourir à une nouvelle célébration. Il y a là, en vérité, un inconvénient auquel il serait aisé de remédier, en décidant que le second engagement pourrait, dans ce cas également, être déclaré nul.

Ainsi modifié, le système allemand relatif à notre matière, nous paraît en concordance avec le degré d'affinement auquel a atteint notre civilisation ; à

quelque point de vue que nous nous placions, nous le considérons comme digne de remplacer très avantageusement le système de la loi française actuelle. Espérons qu'il ne manquera pas d'être admis, au moins en principe, par la commission compétente et éclairée, à laquelle a été confiée la haute et délicate mission d'entreprendre la revision de notre Code civil !

Vu : Le Président de la thèse

R. SALEILLES

Vu : le Doyen

LYON-CAEN

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris

L. LIARD

BIBLIOGRAPHIE

- Accarias.* — Précis de droit romain.
- Aguesseau* (d') — Œuvres.
- Aubry et Rau.* — Cours de droit civil français.
- Beaumanoir.* — Coutume de Beauvoisis.
- Bufnoir.* — Annuaire étranger, 1883.
- Code civil allemand traduit et annoté.
- Corpus juris civilis.
- Corpus juris canonici.
- Courcy (de).* — Questions de droit maritime.
- Les veuves des marins disparus.
- Dalloz.* — Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence.
- Code civil annoté.
- Demante et Colmet de Santerre.* — Cours analytique de Code civil.
- Encyclopédie du droit.
- Demolombe.* — Traité de droit civil.
- Denisart.* — Collection de jurisprudence.
- Dictionnaire de jurisprudence et des arrêts.
- Duperray.* — Contrat de mariage.

Durand de Maillane. — Dictionnaire de droit canon.

Durantou. — Cours de droit français suivant le Code civil.

Esmein. — Le mariage en droit canonique.

— Mélanges d'histoire du droit et de critique.

Exposé des motifs du projet de Code civil suisse.

Fenet. — Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil.

Foucher. — Collection des lois civiles et criminelles des Etats modernes.

Glasson. — Le mariage civil et le divorce.

— Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre.

Héféle. — Histoire des Conciles.

Henrys. — Œuvres.

Journal des Audiences.

Journal officiel.

Journal du Palais.

Laurent. — Principes de droit civil français.

— Avant-projet de révision du Code civil (belge).

Lehr. — Le mariage, le divorce et la séparation de corps dans les principaux pays civilisés.

— Eléments de droit civil russe.

Lyon-Caen (Charles). — Bulletin de la Société de législation comparée, XI.

Marcadé. — Explication théorique et pratique du Code civil.

Merlin. — Répertoire universel et raisonné de jurisprudence.

Montesquieu. — Esprit des lois.

Mourlon et Demangeat. — Code civil.

Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs.

Planiol. — Traité de droit civil.

Plank. — Bürgerliches Gesetzbuch.

Pothier. — Traité du contrat de mariage.

Protokolle der Kommission für die Zweile Lesung des
Entwurfes des bürgerlichen Gesetzbuchs.

Proudhon. — Cours de droit français.

Rittner et *Schiffner*. — Systematisches Lehrbuch des Öster-
rer civil recht. Vienne, 1872.

Roche-Flavin (Bernard de la). — Arrêts notoires du Parle-
ment de Toulouse.

Roguin. — Traité de droit civil comparé : le mariage.

Saleilles. — Bulletin de la Société d'études législatives,
1906-1907.

Schæffer. — Revue critique, 1880.

Sirey. — Recueil général des lois et des arrêts.

Tissier. — Bulletin de la Société d'études législatives, 1906.

Toullier. — Droit civil.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
Introduction.....	7

PREMIÈRE PARTIE

Législation française

CHAPITRE I. — Historique.	21
A. — Droit romain.	21
B. — Droit canonique.	31
C. — Ancien droit civil	42
D. — Droit intermédiaire	54
CHAPITRE II. — De l'absence considérée comme cause de dissolution, de plein droit, du mariage . . .	61
CHAPITRE III. — De l'absence considérée comme cause possible de divorce	65
CHAPITRE IV. — Du second mariage contracté par le conjoint de l'absent	95

DEUXIÈME PARTIE

Législations étrangères

CHAPITRE I. — Législation allemande	127
CHAPITRE II. — Législation suisse	157

CHAPITRE III. — <i>Section I.</i> — Législations inspirées	
du système français.	163
<i>Section II.</i> — Législations admettant le système	
de la déclaration de décès	164
<i>Section III.</i> — Législations considérant l'absence	
comme une cause de divorce.	170
CONCLUSION	173
BIBLIOGRAPHIE	181

